This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HDL
HL LQZH T

Digitized by Google

A7
Budzinskii, S
Nachala ugolovnago

Bd. Dec. 1931

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 10 1931

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

НАЧАЛА

УГОЛОВНАГО ПРАВА

СОЧИНЕНІЕ

С. Будзинскаго.

ВАРШАВА.
Главный складъ въ книжныхъ магазинахъ Кожанчикова
въ С. Петербургѣ, Варшавѣ и Казани.

1870.

Digitized by Google

Напечатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Варшавскаго Университета.

Ректоръ *П. Лавровскій.*

JUL 1 0 1931

Въ Типографіи И. Яворскаго. — Варшава, Краковское-Предмѣстье N. 415.

Digitized by Google

Въ этомъ трудѣ я старался изложить, на сколько это въ моихъ силахъ, съ простотой и ясностью начала уголовнаго права. Обращая особенное вниманіе на ученіе о преступленіи, я ограничивался болѣе сжатымъ изложеніемъ вопросовъ объ уголовномъ законѣ и о наказаніи, такъ какъ эти вопросы или общи всѣмъ юридическимъ наукамъ (напр. о толкованіи законовъ), или же подробностями своими относятся къ другимъ областямъ законовѣденія (напр. о дѣйствіи уголовнаго закона по мѣсту—къ международному праву; о наказаніяхъ—къ судопроизводству уголовному и къ административному праву).

Я старался примѣнить сравнительный методъ въ болѣе обширномъ размѣрѣ, чѣмъ это дѣлалось до сихъ поръ, и провести съ возможною послѣдовательностью основную философскую теорію.

Я руководился убѣжденіемъ, что наука, обращая болѣе серіозное вниманіе на современные уголовные кодексы просвѣщенныхъ государствъ, расширяетъ свой горизонтъ, тѣмъ болѣе что нерѣдко кодексы разрѣшаютъ вопросы неразработанные наукою.

Точно также, мнѣ кажется, важно строгое проведеніе одной философской теоріи. Иногда случается, что авторъ, изложивъ во введеніи усвоенную имъ философскую систему уголовнаго права, въ дальнѣйшемъ изложеніи упускаетъ ее изъ виду, и даже провозглашаетъ совершенно противуположныя ей мнѣнія,—что не можетъ не

Digitized by Google

быть въ ущербъ единству понятій и ясности. Этой погрѣшности я желалъ избѣгнуть; и, стремясь органически связать съ самымъ изложеніемъ предложенную въ началѣ философскую теорію, каждый разъ,—когда представлялось сомнѣніе,—я разрѣшалъ его на основаніи этой теоріи.

Я старался уяснить нѣкоторые вопросы, преимущественно же важное ученіе о заблужденіи, и наконецъ обратить вниманіе ученыхъ и на южныхъ писателей, каковы: Carmignani, Romagnosi, Carrara, Giuliani, Tolomei, Pacheco и проч., съ которыми ученые другихъ странъ мало знакомятъ читателей.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

ГЛАВА I.

Опредѣленіе уголовнаго права и отношеніе его къ другимъ наукамъ.

	№№
I. Уголовное право и наука уголовнаго права	1— 2
II. Отношеніе ея къ другимъ юридическимъ наукамъ	3— 10
III. Вспомогательныя науки	11— 17

ГЛАВА II.

Исторія науки уголовнаго права.

	18— 27

ГЛАВА III.

Основныя философскія начала.

I. Общій взглядъ	28— 29
II. Верховное начало уголовнаго права	30— 35
III. Предѣлы карательной власти	36
IV. Окончательные выводы	37— 42

Digitized by Google

КНИГА I.

УГОЛОВНЫЙ ЗАКОНЪ.

ГЛАВА I.

Источникъ и толкованіе уголовнаго права.

№

Источникъ уголовнаго права 43
Толкованіе ..... 44— 46
Аналогія ..... 47— 51

ГЛАВА II.

Предѣлы дѣйствія уголовнаго закона.

A. По времени ..... 52— 54
B. По отношенію къ мѣсту и лицамъ ..... 55— 56
I. Преступленія внутри государства ..... 57— 58
II. Преступленія туземцевъ за границею ..... 59— 61
III. Преступленія иностранцевъ за границею 62

КНИГА II.

ПРЕСТУПЛЕНІЕ.

ГЛАВА I.

О преступленіи вообще.

ОТДѢЛЕНІЕ I. *Опредѣленіе преступленія.*

Преступное содѣяніе ..... 63— 65
Преступное упущеніе и бездѣйствіе .... 66— 69

ОТДѢЛЕНІЕ II. *Понятія сродныя съ преступленіемъ.*

Наказуемое дѣяніе ..... 70— 72
Дѣянія противныя нравственности и религіи ..... 73— 74

Digitized by Google

№

Гражданская неправда..... 75
Полицейскій проступокъ..... 76— 77

ОТДѢЛЕНІЕ III. *Составъ преступленія.*

Его значеніе..... 78— 79
Его виды..... 80— 81

ГЛАВА II.

Внутренняя сторона преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ I. *Субъектъ преступленія.*

Кто можетъ совершить преступленіе..... 82— 83
Воля и знаніе..... 84— 88

ОТДѢЛЕНІЕ II. *Невмѣняемость и ея причины.*

А. О невмѣняемости вообще..... 89— 90
В. Малолѣтство..... 91— 96
В. Болѣзни..... 97— 98
Г. О болѣзняхъ въ особенности..... 99
I. Временное затмѣніе сознанія:
а) Порывы и страсти..... 100—101
б) Опьяненіе..... 102—105
в) Сонность..... 106
г) Другія болѣзненныя состоянія..... 107
II. Постоянныя болѣзненныя состоянія..... 108—111

ОТДѢЛЕНІЕ III. *Невозможность вмѣненія и ея причины.*

О невозможности вмѣненія вообще..... 112
Случай..... 113
А. Заблужденіе.
I. Юридическое заблужденіе..... 115
II. Фактическое заблужденіе..... 116
1) Смѣшанное заблужденіе..... 117
2) Фактическое заблужденіе въ отношеніи средства..... 119—121

Digitized by Google

№

3) Фактическое заблужденіе въ отношеніи предмета ..... 122—123
Уклоненіе дѣйствія..... 124
Общій взглядъ на случаи фактическаго заблужденія ... 125—126
B. Принужденіе.
О принужденіи вообще ..... 127—129
I. Угрозы..... 130—131
II. Необходимая оборона ..... 132—143
III. Состояніе крайней необходимости ..... 144—151

ОТДѢЛЕНІЕ IV. *Вина и ея степени.*

A. Ближайшее опредѣленіе воли и предвидѣнія..... 152—154
Степени вины ..... 155—158
B. Вина умышленная и ея моменты: цѣль, намѣреніе и рѣшимость ..... 159—165
B. Вина неумышленная 166
Безпечность 167
Неосторожность..... 168
Отношеніе ихъ къ винѣ умышленной..... 170—172

ГЛАВА III.

Внѣшняя сторона преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ I. *Дѣйствіе и послѣдствіе.*

A. Предѣлы ихъ ..... 173—176
B. Предметъ дѣянія..... 177—178

ОТДѢЛЕНІЕ II. *Движеніе дѣянія.*

A. Обнаруженіе намѣренія словомъ и приготовленіе ..... 179—183
B. Покушеніе 184
I. Начало исполненія..... 185—188
II. Негодность средства или предмета..... 189—191
III. Въ какихъ преступленіяхъ покушеніе возможно?.. 192—194
IV. Степени покушенія.... 195
Покушеніе оставленное..... 196—197

Digitized by Google

№

Покушеніе воспрепятствованное ..... 198—201
Неудавшееся преступленіе..... 202—207

ОТДѢЛЕНІЕ III. *Участіе въ преступленіи.*

А. Объ участіи вообще..... 208—218
Б. Физическій виновникъ ..... 219—225
В. Умственный виновникъ..... 226—236
Г. Пособникъ ..... 237—242

КНИГА III.

НАКАЗАНІЕ.

ГЛАВА I.

Существо и цѣль наказанія. Его качества. Его виды.

Существо наказанія..... 243
Цѣль наказанія 243
Качества наказанія..... 245—250
Виды наказанія 251
Развитіе системы наказаній 252

ГЛАВА II.

О наказаніяхъ въ особенности.

I. Смертная казнь ..... 253—254
II. Тѣлесныя наказанія..... 255
III. Лишеніе свободы:
Ссылка..... 256—257
Тюремное заключеніе..... 258—263
Учрежденія дополняющія тюремное заключеніе 264—267
Изгнаніе, интернація, релегація и полицейскій надзоръ ..... 268—271

Digitized by Google

№
IV. Лишеніе чести ..... 272—274
V. Наказанія имущественныя ..... 275—276

ГЛАВА III.

Мѣра наказанія.

I. О мѣрѣ наказанія вообще ..... 277—279
II. Повтореніе преступленій ..... 280—284
III. Совокупность преступленій ..... 285—294
IV. Преступленіе продолжаемое ..... 295—298

ГЛАВА IV.

Обстоятельства погашающія наказаніе.

I. Смерть преступника 299
II. Давность ..... 300—306
III. Помилованіе ..... 307—312
IV. Примиреніе съ обиженнымъ ..... 313—317
V. Сила рѣшеннаго дѣла ..... 318—320

ПРИБАВЛЕНІЕ.

О ТЕОРІЯХЪ УГОЛОВНЫХЪ.

ГЛАВА I.

Кратній очеркъ историческаго развитія понятій о существѣ наказанія и карательной власти до конца XVIII вѣка.

Пиѳагоръ 321
Платонъ ..... 322—324

Digitized by Google

№

Аристотель 325
Воззрѣніе Римлянъ..... 327—328
Отцы церкви и средніе вѣка..... 329—331
Новое время до конца XVIII вѣка:
1. Гроцій..... 332—335
2. Сельденъ 336
3. Гоббесъ 337
4. Томазій..... 338—339

ГЛАВА II.

Очеркъ главнѣйшихъ уголовныхъ теорій начиная съ конца XVIII вѣка.

ОТДѢЛЕНІЕ I. *Теоріи абсолютныя.*

А. Теоріи юридическаго возмездія (Кантъ)..... 340—344
Б. Діалектическая теорія возмездія (Гегель) ..... 345—348
В. Теорія божія возмездія (Шталь)..... 349—352

ОТДѢЛЕНІЕ II. *Теоріи относительныя.*

А. Теоріи, имѣющія главною цѣлью общественное благо:
I. Теоріи устрашенія (Филанджіери, Фейербахъ).... 353—357
II. Теоріи предупрежденія:
1. Теорія частнаго предупрежденія (Грольманъ) 358—363
2. Теорія общаго и частнаго предупрежденія (Бэнтамъ) ..... 364—372
III. Теорія косвенной обороны (Романіози)..... 373—377
Б. Теоріи полагающія главною цѣлью благо преступника (Теоріи исправленія Штельцера и Редера)..... 378—381

ОТДѢЛЕНІЕ III. *Теоріи смѣшанныя.*

А. Теоріи образовавшіяся изъ соединенія нѣсколькихъ относительныхъ теорій (Фихте) ..... 382—386
Б. Теоріи образовавшіяся изъ соединенія теорій абсолютной съ одною или болѣе относительными (Росси)..... 387—391

Digitized by Google

Digitized by Google

ВВЕДЕНІЕ.

ГЛАВА I.

Опредѣленіе уголовнаго права и отношеніе его къ другимъ наукамъ.

I. Уголовное право и наука уголовнаго права.

1. Положительное право, опредѣляя наши права и обязанности, было бы мертвою буквою, еслибъ оно вмѣстѣ съ тѣмъ лишено было охранительныхъ мѣръ, еслибъ оно не угрожало зломъ въ случаѣ нарушенія онаго. Въ этомъ отношеніи всѣ отрасли права раздѣляются на опредѣлительныя и охранительныя. Къ охранительнымъ принадлежатъ: судоустройство, судопроизводство, и преимущественно уголовное право. Уголовное право опредѣляетъ наказанія за преступленія, за совершеніе того, что оно запрещаетъ, или же за неисполненіе того, чего оно требуетъ.

2. Уголовное право какъ наука занимается изслѣдованіемъ существа преступленія, наказанія и взаимнаго ихъ соотношенія. Эта наука въ обширномъ смыслѣ заключаетъ въ себѣ: *уголовное право* въ тѣсномъ смыслѣ т. е. коренныя

Digitized by Google

начала о преступленіяхъ и наказаніяхъ; *судоустройство уголовное*, опредѣляющее органы, призванные примѣнять уголовный законъ; наконецъ *судопроизводство уголовное*, излагающее, какимъ образомъ судьи убѣждаются въ совершеніи преступленія и примѣняютъ наказаніе. *Уголовное право* въ тѣсномъ смыслѣ т. е. *матеріальное* и судопроизводство т. е. *уголовное право формальное* находятся въ слѣдующемъ соотношеніи: первое опредѣляетъ родъ и видъ преступленій и наказанія за оныя; второе же подводитъ данное преступленіе подъ соотвѣтственный ему родъ и видъ и подъ соразмѣрное наказаніе.

II. Отношеніе уголовнаго права къ другимъ юридическимъ наукамъ.

3. „Кто желаетъ посвятить себя какой либо наукѣ, долженъ прежде всего узнать мѣсто, которое она занимаетъ въ органическомъ цѣломъ знанія, особенный духъ, который одушевляетъ ее, и, кромѣ того, изслѣдовать, какимъ образомъ она гармонически связывается съ цѣлымъ организмомъ наукъ; тогда только онъ можетъ мыслить объ ней, не какъ рабъ, но какъ свободный человѣкъ, обнимающій единство всецѣлаго.“ Эти слова Шеллинга должны руководить приступающаго къ изученію каждой юридической науки, слѣдовательно и уголовнаго права. Такимъ образомъ должно прежде всего указать вкратцѣ связь уголовнаго права съ другими юридическими и неюридическими науками, на сколько послѣднія состоятъ въ ближайшемъ соотношеніи съ нашею наукою.

4. Положительное право, по общепринятому воззрѣнію, раздѣляется на *гражданское* и *государственное*. Гражданское или частное право опредѣляетъ взаимныя права и обязанно-

Digitized by Google

сти недѣлимыхъ, т. е. предѣлы индивидуальной дѣятельности. Государственное право опредѣляетъ права и обязанности индивидовъ въ отношеніи ихъ къ обществу. Уголовное право составляетъ часть государственнаго, такъ какъ оно имѣетъ цѣлью охранить общественный порядокъ, и заключаетъ въ себѣ правила, которыми государство должно руководствоваться при исполненіи своего права и обязанности налагать наказаніе. Задача государства состоитъ между прочимъ въ осуществленіи права; слѣдовательно нарушеніе права въ сферѣ индивидуальныхъ, семейственныхъ, общественныхъ, или же государственныхъ отношеній, составляетъ непосредственное столкновеніе съ государствомъ, которое и есть исходная точка для всѣхъ правъ. Поэтому уголовная санкція— паралельна со всѣми сферами права, за исключеніемъ международныхъ отношеній, гдѣ нѣтъ санкціи, гдѣ нѣтъ исполнительной и карательной власти, гдѣ санкція въ судѣ исторіи. Эта паралельность происходитъ и оттого, что законъ вообще и всѣ отдѣльныя его правила были бы мертвою буквою, еслибъ не имѣли санкціи. Однако жъ къ сферѣ уголовнаго права принадлежитъ только такого рода санкція, которая угрожаетъ наказаніемъ, и кромѣ того такимъ наказаніемъ, примѣненіе котораго предоставлено уголовнымъ судамъ. Это ведетъ насъ къ различію уголовнаго права отъ административнаго и гражданскаго.

5. *Отношеніе уголовнаго права къ административному.* Административное право, излагая начала государственнаго управленія, въ виду общественной пользы исключаетъ нѣкоторыя менѣе важныя нарушенія изъ вѣдомства уголовныхъ судовъ, и предоставляетъ взысканіе за оныя извѣстнымъ установленіямъ или лицамъ. Сюда принадлежатъ взысканія начальствомъ за проступки по службѣ, наказаніе дѣтей родите-

Digitized by Google

лями, полицейскія взысканія и т. д. Административное право въ обширномъ смыслѣ заключаетъ въ себѣ и уголовное судоустройство, но только во внѣшнемъ его отношеніи; между тѣмъ какъ уголовное судопроизводство опредѣляетъ существо судоустройства т. е. оцѣниваетъ, во сколько оно содѣйствуетъ осуществленію началъ справедливости. Въ тѣсной связи съ уголовнымъ правомъ находится отрасль административнаго права, называемая *полиціею*. Задача полиціи состоитъ въ способствованіи обществу въ его стремленіи къ матеріальному и нравственному благосостоянію. Съ этою цѣлью она дѣйствуетъ, или отрицательно посредствомъ устраненія преградъ, или положительно посредствомъ всякаго рода поощреній и содѣйствія. Отрицательная дѣятельность полиціи проявляется въ предупрежденіи или взысканіи. Къ мѣрамъ взысканія принадлежитъ содѣйствіе уголовнымъ судамъ *(полиція судебная)*. Предупредительная полиція имѣетъ тѣсную связь съ *уголовною политикою*, которой задача — согласовать требованія справедливости съ пользою общества. Для этой цѣли уголовная политика слѣдитъ причины совершенія преступленій, и указываетъ мѣры противудѣйствія этимъ причинамъ путемъ законодательства или развитія нравственности въ обществѣ. Уголовная политика весьма важна для законодателя, предлагая ему правила, наиболѣе соотвѣтствующія цѣли. Она нераздѣльна съ наукою уголовнаго права, особенно же при разрѣшеніи разныхъ вопросовъ съ законодательной точки зрѣнія.

6. *Отношеніе уголовнаго права къ гражданскому.* Въ случаѣ нарушенія чьихъ либо правъ, судебная власть можетъ прибѣгать къ мѣрамъ троякаго рода: она принуждаетъ къ исполненію того, чего требуетъ законъ; она присуждаетъ къ вознагражденію причиненнаго ущерба; и, наконецъ, наказываетъ.

Digitized by Google

Вопросъ,—когда достаточны двѣ первыя мѣры и когда кромѣ того надобно обратиться къ послѣдней,—представляется при нарушеніи всякаго рода правъ. Но этотъ вопросъ преимущественно важенъ относительно правъ недѣлимыхъ. Отъ разрѣшенія этого вопроса зависитъ различіе гражданской и уголовной неправды. Теорія не въ состояніи провести между ними границу: обозначеніе ея зависитъ въ данномъ обществѣ отъ духа народа и степени его цивилизаціи. У Римлянъ въ многихъ случаяхъ былъ допущенъ только гражданскій искъ *de dolo* тамъ, гдѣ новѣйшія законодательства угрожаютъ уголовнымъ наказаніемъ. Идея *уголовной неправды* свидѣтельствуетъ о высокой степени цивилизаціи: тогда наказаніе заступаетъ мѣсто денежнаго выкупа, имѣющаго вполнѣ гражданскій характеръ. Отличительная черта уголовной неправды въ противуположность гражданской состоитъ въ томъ, что дѣйствіе, нарушающее права недѣлимаго, нарушаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и законный общественный порядокъ. До такого воззрѣнія не въ состояніи подняться необразованный народъ. Нѣкоторыя правонарушенія имѣютъ смѣшанный уголовно-гражданскій характеръ до того, что въ нихъ общественная сторона менѣе осязательна и интересъ общества въ наказаніи ихъ очень слабъ. Въ такихъ случаяхъ законъ предоставляетъ обиженному или принести жалобу уголовному суду или предъявить гражданскій искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки.

7. Различіе уголовнаго и гражданскаго права состоитъ еще въ томъ, что въ послѣднемъ мѣрило отвѣтственности—внѣшнее, между тѣмъ какъ уголовное право кромѣ того принимаетъ во вниманіе внутреннія побужденія, степень злобы, и стремится угадывать тайны человѣческаго духа. Уголовное право, въ противуположность гражданскому, занима-

Digitized by Google

ется имуществомъ и собственностію лишь второстепенно: для него главный предметъ — человѣкъ, его внутренній міръ, гдѣ образуются сѣмена зла и гдѣ созрѣваетъ во мракѣ преступное дѣяніе. Поэтому изслѣдованія по уголовному праву и названы поэтическою стороною правовѣденія. Въ гражданскомъ правѣ начало удовлетворенія можетъ быть проведено съ точностію. Въ уголовномъ это почти невозможно: ибо почти никогда не случается, чтобъ два преступныя дѣянія были вполнѣ похожи другъ на друга. Кромѣ того, даже при предоставленіи судьѣ широкаго простора между *maximum* и *minimum* наказанія, могутъ быть случаи, въ которыхъ *minimum* будетъ слишкомъ строгъ или же *maximum* слишкомъ мягокъ. Притомъ законодатель не можетъ предвидѣть всѣхъ дѣяній, подлежащихъ наказанію, и поэтому непредусмотрѣнныя имъ долженъ признать ненаказуемыми.

8. Право и законодательство гражданское, развиваясь вмѣстѣ съ жизнію народа, становятся постепенно сильнѣе, совершеннѣе и опредѣленнѣе. Въ уголовномъ правѣ точное обозначеніе предѣловъ карательной власти есть неизбѣжное зло. Но когда просвѣщеніе и наука достигнутъ высшей степени, тогда законодатель тѣмъ болѣе будетъ давать свободы судьѣ, и тѣмъ менѣе связываетъ его своими уставами, чѣмъ болѣе можетъ полагаться на его образованность и усмотрѣніе.

9. Иногда уголовный судья, для того чтобъ уразумѣть данный случай, долженъ прибѣгать къ гражданскому праву. Тогда онъ обязанъ примѣнять понятія гражданскаго права согласно его началамъ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда эти понятія должны видоизмѣняться соотвѣтственно духу уголовнаго права, напр. въ понятіи о движимости въ кражѣ

Digitized by Google

не льзя придерживаться фикцій гражданскаго права. Если не возможно быть хорошимъ цивилистомъ безъ знанія уголовнаго права, тѣмъ важнѣе для криминалиста основательное изученіе гражданскаго права. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ различіе между гражданскимъ и уголовнымъ проступкомъ представляетъ существенное затрудненіе, напр. когда надобно рѣшить, принадлежитъ ли данное дѣяніе къ области гражданскаго или уголовнаго обмана. Безъ яснаго понятія о вліяніи гражданскаго процесса на состоящее съ нимъ въ связи уголовное дѣло, не возможно найти исходной точки въ уголовномъ процессѣ.

10. Науки гражданскаго и уголовнаго права, касательно взаимнаго соотношенія теоріи и практики, совершенно противуположны. Въ гражданскомъ правѣ,—особенно же въ чисто частномъ правѣ, въ обязательствахъ, гдѣ оно не смѣшано съ нравственнымъ, административнымъ или политическимъ элементами, — общія начала неизмѣнны, вѣрны, и проведены съ логическою послѣдовательностію, ибо они основаны на природныхъ условіяхъ экономическаго и общественнаго бытія человѣка. Напротивъ того въ практикѣ гражданскаго права мы находимъ неисчерпаемыя, все новыя и новыя затрудненія. Они вызываются борьбою двухъ индивидуальныхъ волей, увлеченныхъ противуположнымъ интересомъ, которыя, для того, чтобъ снискать убѣжденіе судьи, прибѣгаютъ къ утонченностямъ и софистикѣ. Въ уголовномъ правѣ всѣ почти начала колеблются; даже касательно коренныхъ философскихъ понятій великіе мыслители раздѣляются на два противуположные лагеря, напр. по вопросамъ: имѣетъ ли общество право карать преступника? можетъ ли человѣкъ отвѣчать за свои дѣйствія? имѣетъ ли онъ свободную волю? какая цѣль наказаніа, устрашеніе ли, исправленіе, месть или

Digitized by Google

удовлетвореніе идеи справедливости? и проч. Поэтому теорія уголовнаго права привлекаетъ какъ все то, что́ невѣрно и неизвѣстно, что́ окружено тайною. Съ другой стороны примѣненіе уголовнаго закона легче примѣненія гражданскаго. Въ уголовномъ правѣ тоже противупоставлены двѣ силы, двѣ воли; но одна изъ нихъ—неизмѣнима, это—воля общества, законъ; другая—подвижна, это—воля преступника. Оттого менѣе запутанности въ уголовной казуистикѣ. По поводу такой противуположности, въ литературѣ гражданскаго права преобладаетъ казуистическое направленіе, въ литературѣ же уголовнаго права — теоретическое. По той же причинѣ изученіе наравнѣ гражданскаго и уголовнаго права представляетъ большую пользу для развитія умственныхъ способностей.

III. Вспомогательныя науки.

11. Уголовное право какъ наука обнимаетъ человѣка въ его цѣломъ какъ физическое, нравственное и общежительное существо. Отсюда связь этой науки съ естественными, нравственными, соціальными и историческими науками, въ особенности же съ судебной медициной, уголовною психологіею, философіею, нравственностію, статистикою и сравнительною исторіею законодательствъ.

12. *Судебная медицина.* Это систематическая совокупность свѣденій, черпаемыхъ изъ медицины, химіи, физики и физіологіи, имѣющая цѣлью уяснить сомнѣнія въ правѣ и судопроизводствѣ уголовномъ, касающіяся ненормальнаго состоянія здоровья или причинъ смерти.

Digitized by Google

13. *Уголовная психологія*, какъ наука рѣшающая вопросы о ненормальномъ состояніи ума въ отношеніи къ уголовному праву, составляетъ часть судебной медицины. Съ нѣкотораго времени начали обработывать уголовную психологію, въ особенности же въ Германіи, какъ самостоятельную науку. Она чрезвычайно важна для криминалиста какъ основаніе для разрѣшенія вопросовъ объ уголовной отвѣтственности.

14. *Философія*, преимущественно же *философія права.* Каждая отрасль знанія можетъ быть излагаема, или эмпирическимъ, или истинно научнымъ образомъ. Эмпирическое изложеніе представляетъ науку во внѣшнемъ порядкѣ, незаботясь объ ея единствѣ и основаніи; научное изложеніе проникаетъ въ глубину высшей науки, философіи, и на ней зиждетъ свои основы.

15. *Нравственность теоретическая* и *практическая* т. е. *этика.* Уголовное право, какъ тѣсно связанное съ идеею государства т. е. съ идеею внѣшняго порядка въ обществѣ, должно быть отдѣлено отъ нравственности: но такъ какъ человѣкъ принадлежитъ вмѣстѣ и внѣшнему и внутреннему міру, то это отдѣленіе не можетъ быть безусловное. И такъ внѣшнее наказаніе нуждается въ подкрѣпленіи и пополненіи. Это совершается троякимъ образомъ: посредствомъ вліянія на наказаніе раскаянія преступника и его нравственнаго страданія; посредствомъ того, что съ наказаніемъ должна соединяться идея нравственнаго возрожденія; наконецъ посредствомъ того, что наказаніе должно имѣть вліяніе, не только на чувство справедливости, но и на нравственность народа, что́ и составляетъ одну изъ важнѣйшихъ задачъ законодательной политики.

Digitized by Google

16. *Уголовная статистика.* Статистика вообще предлагаетъ важныя указанія для всесторонняго изученія современнаго состоянія даннаго народа, и для законодательныхъ реформъ; но, преимущественно на поприщѣ карательнаго правосудія, статистика доставляетъ важные и весьма интересные матеріялы. Указывая среднія числа за извѣстный періодъ времени, она разрѣшаетъ вопросы: о нравственности народонаселенія, о недостаткахъ и порокахъ въ извѣстныхъ мѣстностяхъ, о расположеніи къ преступленію различныхъ состояній и званій, объ увеличеніи или уменьшеніи наклонности къ преступленію по мѣрѣ возраста и пола. Кромѣ того эти числа объясняютъ: каково вліяніе наказаній, на сколько система ихъ полезна, въ какой мѣрѣ уголовное право и судопроизводство противудѣйствуютъ преступленіямъ, какое значеніе законныхъ послѣдствій наказаній и проч. Отсюда важность статистики для законодательства и уголовной политики. Сравнительная уголовная статистика весьма важна для уголовной психологіи; но она встрѣчаетъ большое препятствіе въ томъ, что одно и тоже названіе преступленія въ разныхъ законодательствахъ имѣетъ различный объемъ и значеніе, напр. кража, *Diebstahl*, *vol*, *larceny*, *furto*.

17. *Сравнительное изученіе* и *сравнительная исторія уголовнаго права* обратили на себя вниманіе новѣйшихъ ученыхъ. Сравненіе обязательныхъ законодательствъ приноситъ болѣе и болѣе пользы, не только новѣйшимъ законодательнымъ реформамъ, но и наукѣ. Указаніе,—какимъ образомъ кодексы разныхъ государствъ разрѣшаютъ данный спорный въ наукѣ вопросъ, и въ какой степени это оказалось практичнымъ, — бросаетъ свѣтъ на науку, расширяетъ ея горизонтъ, предохраняетъ отъ ошибокъ и запутанности, и объясняетъ, какія улучшенія могутъ быть сдѣланы въ данномъ государствѣ.

Digitized by Google

Сравнительно-историческія изслѣдованія имѣютъ цѣлью раскрыть путемъ опыта то, къ чему философія доходитъ *a priori*, къ указанію началъ, общихъ человѣческому роду. Такимъ образомъ наука, слѣдя за ходомъ знанія во времени и пространствѣ, возвышается надъ этими двумя условіями быта къ всестороннему философскому воззрѣнію.

Digitized by Google

ГЛАВА II.

Исторія науки уголовнаго права.

18. Въ древности не занимались нашею наукою. У Платона и Аристотеля мы находимъ только отрывочныя мысли о существѣ и цѣли наказанія. Сочиненія римскихъ философовъ и юристовъ заключаютъ въ себѣ только отдѣльныя сентенціи, не составляющія матеріяла для построенія систематическаго воззрѣнія на уголовное право. Карательная власть общества казалась имъ такъ очевидною и естественною, что они и не думали даже о необходимости изысканія ея началъ и предѣловъ.

19. Съ возрожденіемъ правовѣденія въ XII вѣкѣ въ Италіи, ученые принялись толковать тексты римскаго права. Это не принесло уголовному праву никакой пользы: долгое время юристы считали оное чѣмъ то второстепеннымъ по отношенію къ гражданскому праву. Глоссаторы, какъ напр. Плацентинъ и Акурсій, ограничивались поверхностнымъ объясненіемъ частей Юстиніянова сборника, касающихся уголовнаго права, а именно: 18 титула 4 книги Институцій, 47 и 48 книги Пандектовъ и 9 книги Кодекса. Притомъ они вкратцѣ указывали при каждомъ титулѣ эдикты монарховъ и мѣстные обычаи. Они не думали объ изученіи началъ науки и духа положительнаго права. Тѣмъ менѣе можно было ожидать этого въ XIV и XV столѣтіяхъ отъ комментаторовъ,

Digitized by Google

слѣдующихъ за глоссаторами, ибо первые имѣли менѣе проницательности и болѣе схоластической растянутости. Уже во второй половинѣ XIII вѣка начинается упадокъ науки, по поводу употребленія во зло діалектическихъ формъ и затемнѣнія понятій пустымъ формализмомъ.

20. Начиная съ конца XIII вѣка, а именно съ Роландина (Rolandinus de Numanciis), появляются отдѣльные трактаты объ уголовномъ правѣ. Эти труды, основанные главнымъ образомъ на практикѣ, заключаютъ въ себѣ богатый запасъ опыта. Сочиненіе Роландина (*De ordine maleficiorum*) не дошло до насъ. Gandinus, жившій въ началѣ XV вѣка, написалъ *Tractatus de maleficiis* (Venetiis 1491), въ которомъ излагаетъ о судопроизводствѣ и о нѣкоторыхъ важнѣйшихъ преступленіяхъ. Онъ ссылается на различныя мнѣнія и указываетъ способъ ихъ согласованія, и кромѣ того представляетъ многочисленные случаи изъ своей многолѣтней практики. Гандинъ еще въ XVI вѣкѣ пользовался большимъ авторитетомъ. Въ его сочиненіи находится много интересныхъ выводовъ, которые впослѣдствіи имѣли значительное вліяніе на развитіе уголовнаго права. Въ титулѣ *de poenis reorum* и *de homicidiariis* онъ разсуждаетъ: о совершеніи и покушеніи на преступленіе; о *dolus*, *culpa*, *casus;* о смертельности ранъ; о медицинскомъ изслѣдованіи мертвыхъ тѣлъ. Съ тѣхъ поръ находимъ въ Италіи непрерывную цѣпь такъ называемыхъ *уголовныхъ практикъ*. На этомъ поприщѣ замѣчательны въ XV вѣкѣ Angelus Aretinus (*Tractatus de maleficiis*, 1492) и Bonifacius de Vitalinis (*Tractatus super maleficiis*, Mediolani 1514). Аретинъ снискалъ себѣ большую популярность по поводу богатаго содержанія его сочиненія: оно заключаетъ въ себѣ собраніе всего того, что̀ сдѣлано до его времени въ уголовномъ правѣ. Оно написано въ порядкѣ,

Digitized by Google

похожемъ на принятый Гандиномъ. Между прочимъ достойно замѣчанія то, что́ онъ говоритъ о пособникахъ въ преступленіи (стр. 173 и слѣд. венеціанскаго изданія 1598 г.). Бонифацій равнымъ образомъ начинаетъ съ судопроизводства, но занимается болѣе нѣкоторыми преступленіями въ особенности.

21. Въ XVI вѣкѣ уголовное право еще сильнѣе отдѣляется отъ гражданскаго. Въ этомъ столѣтіи отличаются преимущественно: болонскій профессоръ Hippolitus de Marsiliis (*Practica causarum criminalium*, Lugduni, 1529) и Julius Clarus (*Opera omnia sive practica civilis et criminalis*, Milani, 1559). Послѣдній въ 5 книгѣ своего сочиненія говоритъ сначала о преступленіяхъ алфавитнымъ порядкомъ, и потомъ о судопроизводствѣ. Это сочиненіе самое замѣчательное въ уголовной литературѣ XVI столѣтія. Это—картина современной науки и практики. Оно отличается самостоятельностію воззрѣнія. Иногда авторъ оставляетъ въ сторонѣ прежнія преданія и смотритъ на предметъ съ болѣе соотвѣтственной точки зрѣнія. Онъ свободно охуждаетъ, не только освященные практикою мнѣнія, но и приговоры верховнаго миланскаго суда, котораго онъ былъ членомъ. Поэтому онъ и пользовался заслуженнымъ авторитетомъ. Много полезнаго заимствовалъ у него Карпцовъ и сдѣлалъ общепринятымъ въ Германіи.

22. Хотя трактаты Гиполита и Кляра—слабые опыты; но эти ученые открыли путь, по которому послѣдующіе, преимущественно же ихъ соотечественники, шли съ блестящимъ успѣхомъ. Сочиненія италіянскихъ юристовъ XVI вѣка имѣли большое вліяніе не только на юриспруденцію, но и на законодательство Италіи, Франціи, Германіи и Голландіи,

Digitized by Google

и дали толчокъ наукѣ въ этихъ государствахъ. Италіянскіе юристы XVI вѣка,—въ случаѣ несуществованія текстовъ для разрѣшенія даннаго вопроса, или въ случаѣ невозможности вывести изъ нихъ общее начало, — дѣлали многочисленныя ссылки съ цѣлью снискать авторитетъ подлежащимъ спору мнѣніямъ своимъ. Кто сослался на бо́льшее число докторовъ, тотъ выигрывалъ. Отсюда переполненіе сочиненій цитатами. Clarus, приводя какое нибудь мнѣніе, объясняетъ, *communis* ли оно или *magis communis*. Методъ изложенія и воззрѣнія италіянскихъ писателей перешелъ во Францію, Голландію, и послѣ въ Германію, примѣняясь къ мѣстнымъ потребностямъ. Во Франціи славился Tiraquellus преимущественно сочиненіемъ: *De poenis mitigandis aut etiam remittendis*, составляющемъ 7-ой томъ его *Opera omnia* (Francofurti, 1547); въ Голландіи же—Damhouder (*Praxis rerum crim.*, Lovani, 1554). Сочиненія его, переведенныя на разные языки, во многомъ не удовлетворяютъ требованіямъ науки; однако жъ они оказали большую услугу судамъ, которымъ служили руководствомъ въ продолженіи двухъ столѣтій. Сочиненіе это почерпнуто большею частію изъ глоссаторовъ. Дамгодеръ имѣлъ такое великое вліяніе въ Германіи, что въ Ландрехтѣ прусскомъ 1620 г. изъ него почти цѣликомъ заимствованы правила судопроизводства. Лучшую заслугу этого сочиненія составляетъ то, что оно — вѣрная картина нидерландской практики.

23. Въ XVI столѣтіи появляются первые лучи юриспруденціи, очищенной критическими и философскими изслѣдованіями, чему далъ толчокъ основатель гуманистической школы Альціати. Но это не содѣйствовало нисколько развитію уголовнаго права. Еще въ XVII вѣкѣ успѣхи его слабы. Къ знаменитѣйшимъ криминалистамъ этой эпохи принадле-

Digitized by Google

жатъ: Просперъ Фариначи, славный практикъ италіянскій; Берлихій и Карпцовъ, первенствующіе нѣмецкіе практики; Антонъ Маттеусъ, ученый практикъ голландскій.

24. Farinacius (*Opera omnia criminalia*, Francofurti, 1597, 9 vol. fol.) подобно Clarus'у пользовался авторитетомъ въ наукѣ и юриспруденціи до конца XVIII вѣка, преимущественно въ Италіи, Испаніи, Франціи и Германіи. Главная заслуга Фариначія состоитъ въ томъ, что сочиненія его составляютъ полный репертуаръ контроверсій и цитатъ, при указаніяхъ на *opiniones communes*. Эти сочиненія — простая компиляція. Форма изложенія неудобна потому, что къ каждому мнѣнію присоединены различныя ампліяціи, лимитаціи и сублимитаціи. До какой степени понятія этого времени были строги, довольно упомянуть, что Фариначи говоритъ, что чортъ вырвалъ изъ объятій родителей пятилѣтнее дитя, которое богохульствовало.

25. Berlichius (*Conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum.... Electoris Saxoniae discussae*, Lipsiae, 1614—1618, V partes) есть основатель научнаго изложенія уголовнаго права, хотя онъ преимущественно говоритъ о саксонскомъ правѣ. Онъ подвинулъ науку изученіемъ существа нѣкоторыхъ преступленій и тѣмъ, что коснулся отчасти и общихъ началъ науки. Carpzov (*Practica nova rerum crim.*, Vittenb., 1635, III partes) пользовался Берлихомъ и италіянскими авторами. Въ 1-й и 2-й частяхъ онъ говоритъ о преступленіяхъ въ особенности и ихъ наказаніи; въ 3-ей — о судопроизводствѣ. Такъ какъ общія начала еще не выдѣлились въ то время, то мы и находимъ въ послѣдней части замѣчанія о противузаконности дѣяній. Карпцовъ былъ основателемъ нѣмецкой практики. Сочиненія его, богатыя

Digitized by Google

казуистикой и множествомъ необходимыхъ подробностей были весьма полезны для практики. Это и объясняетъ огромный авторитетъ, коимъ въ наукѣ и практикѣ въ теченіе цѣлаго столѣтія пользовался этотъ посредственный писатель, чему содѣйствовало то, что уголовный уставъ Карла V (C. C. C.) ссылается на совѣты знаменитыхъ юристовъ. Карпцовъ пользовался вліяніемъ и въ Голландіи.

Сочиненіе Matthaeus'a (*De criminibus, ad libr. 47 et 48 Dig. commentarius*, Trajecti, 1644) до сихъ поръ справедливо считается лучшимъ коментаріемъ римскаго права. Полный проницательности и знанія, Matthaeus исправилъ многія ошибки. Его уважали не только соотечественники, но и иностранные ученые, преимущественно же италіянцы.

26. Въ XVIII вѣкѣ стали сознавать необходимость добраться до основаній нашей науки, чтобъ дать ей болѣе прочное основаніе. Уже въ началѣ этого столѣтія она становится предметомъ отдѣльнаго преподаванія въ нѣмецкихъ университетахъ. Въ сочиненіяхъ и руководствахъ начинаютъ смотрѣть на нее съ болѣе научной точки зрѣнія. Изъ писателей этого времени, касающихся положительнаго права, замѣчательны: въ Германіи Boehmer (*Meditationes in C. C. C.*, Halle, 1770); во Франціи Muyard de Vouglans (*Institutes du droit criminel*, Paris, 1747; *Les lois criminelles de France*, Paris, 1780) и Jousse (*Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771, 4 vol.); въ Италіи Cremani (*De jure criminali lib.* III, Ticini, 1791—1793).

27. Уже Томазій († 1727) возставалъ на нѣкоторыя свирѣпыя суевѣрія, преимущественно въ сочиненіяхъ: *An haeresis sit crimen?; An poenae infamantes sint abrogandae?; De*

Digitized by Google

tortura foris christianorum proscribenda. Но эти сочиненія, написанныя ученымъ и сухимъ слогомъ, не успѣли поколебать закоренѣлые предразсудки. Montesqieu (*Esprit des lois*, 1748), Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764), Filangieri (*Scienza della legislazione*, Napoli, 1789, 7 vol.) и Voltaire (*Prix de la justice et de l'humanité*, 1778), преимущественно же два первые, имѣли благотворное вліяніе на науку и законодательныя реформы. Краснорѣчивыя перья этихъ авторовъ обратились противъ варварской системы наказаній и судопроизводства, опирающейся главнымъ образомъ на пытку. Памфлетъ Беккаріи произвелъ громадное впечатлѣніе. Его перевели почти на всѣ европейскіе языки. Съ тѣхъ поръ проявляется духъ реформъ, стремящійся къ согласованію уголовнаго права съ началами правосудія и человѣколюбія. Исторія не представляетъ другой такой эпохи горячихъ усилій для улучшенія уголовнаго законодательства. Зданіе варварскихъ предразсудковъ пало. Пытка и другія злоупотребленія отмѣнены. Изъ сферы уголовнаго права исключены многія дѣянія, принадлежащія собственно сферѣ нравственности или составляющія незначительныя полицейскія нарушенія. Духъ реформъ, не только не ослабѣваетъ, но вызываетъ постепенно усиливающуюся дѣятельность, которая отражается на законодательствѣ въ началѣ текущаго столѣтія, преимущественно же въ послѣднихъ тридцати годахъ. Въ новѣйшее время появились знаменитыя сочиненія объ уголовномъ правѣ. Кромѣ того эта наука и въ другомъ отношеніи сдѣлала успѣхи. Она обогатилась историческими изслѣдованіями. Болѣе основательное изученіе медицины и уголовной психологіи бросило сильный свѣтъ на самые запутанные вопросы, преимущественно же на вопросъ о вмѣняемости. Сравнительныя изслѣдованія, содѣйствуя дальнѣйшему развитію нашей науки, сдѣлались неотступ-

Digitized by Google

нымъ спутникомъ законодательныхъ трудовъ. Теперешнимъ своимъ состояніемъ наука уголовнаго права обязана сочиненіямъ: Бэнтама, Фейербаха, Карминьяни, Миттермайера, Росси, Эли, Каррары, Бернера, Беккера и проч.

Digitized by Google

ГЛАВА III.

Основныя философскія начала.

I. Общій взглядъ.

28. Вникая въ уголовное право, въ самомъ началѣ мы встрѣчаемъ вопросы: на какомъ основаніи общество располагаетъ драгоцѣннѣйшими земными благами человѣка, его жизнію, здоровьемъ, свободою и честію? Съ какою цѣлью исполняетъ оно карательную власть? Почему общество наказываетъ извѣстные поступки, другіе же оставляетъ ненаказанными? Какое начало руководитъ наложеніемъ наказаній, разныхъ по существу и величинѣ въ различныхъ случаяхъ? Разрѣшеніе этихъ вопросовъ составляетъ фундаментъ, на которомъ зиждется все зданіе нашей науки.

29. Общество безъ карательной власти существовать не можетъ: это фактъ всеобщій и безспорный. Равнымъ образомъ и то несомнѣнно, что карательная власть государства не дѣйствуетъ своевольно, а вращается въ извѣстныхъ, начертанныхъ закономъ предѣлахъ. Но ни осязательность факта, ни историческій опытъ, не удовлетворяютъ философіи, которая не можетъ опираться на эмпирическія основанія. Упомянутые вопросы уже въ древности обращали на себя вниманіе философовъ; въ средніе же вѣка — отцовъ церкви и теологовъ. Въ новѣйшее время философы и публицисты

Digitized by Google

занимаются этимъ вопросомъ. Но преимущественно начиная со второй половины XVIII вѣка стали изучать философію уголовнаго права, слѣдить за основными его положеніями, чему главнымъ образомъ дало толчокъ сочиненіе Беккаріи. Тогда появились различныя *теоріи* или *уголовныя системы*. Это названіе дано философскимъ трудамъ, занимающимся разрѣшеніемъ выше упомянутыхъ вопросовъ, т. е. указывающимъ верховное начало уголовнаго права и предѣлы карательной власти и вмѣстѣ съ тѣмъ главные принципы уголовнаго права. Подробный разборъ этихъ принциповъ не есть задача философіи: это — задача науки уголовнаго права. Съ этимъ предметомъ состоятъ въ связи столь жизненные вопросы, что онъ интересенъ, не только для философа и юриста, но и для каждаго мыслящаго человѣка. Успѣхи науки и законодательства одолжены главнымъ образомъ попыткамъ рѣшить поименованные вопросы.

II. Верховное начало уголовнаго права.

30. Теоріи уголовнаго права—разнообразны; но всѣ онѣ согласны въ томъ, что карательная власть имѣетъ правовое основаніе, и что она не есть проявленіе физическаго насилія, а истекаетъ изъ законной необходимости. Къ убѣжденію объ этой законной необходимости карательной власти и наказанія въ обществѣ можно дойти разными путями. Отсюда разнообразіе уголовныхъ теорій. Такое разнообразіе мы видимъ въ Германіи, Франціи и Италіи. Мы видимъ оное вездѣ и всегда, когда дѣло идетъ о рѣшеніи важнѣйшихъ философскихъ задачъ. Можетъ быть это свидѣтельствуетъ о слабости человѣческаго ума и вмѣстѣ съ тѣмъ о томъ, что спорные философскіе вопросы привлекательны для мыслителей.

Digitized by Google

31. Всѣ уголовныя теоріи можно свести къ тремъ главнымъ группамъ: *абсолютныхъ*, *относительныхъ* и *смѣшанныхъ теорій*.

Абсолютнымъ считается то, что̀ основано на существѣ предмета; относительнымъ же — то, что̀ основано на отношеніи предмета къ другому. Поэтому названіе абсолютныхъ или безусловныхъ дано теоріямъ, которыя выводятъ наказаніе изъ самаго существа противозаконнаго дѣянія, какъ его логическое послѣдствіе. Относительными же названы тѣ теоріи, которыя необходимость наказанія выводятъ изъ его полезности, т. е. изъ цѣлей, непосредственно внѣ наказанія лежащихъ, какъ напр. изъ цѣли устрашенія, исправленія и т. д. Смѣшанныя теоріи образовались изъ соединенія абсолютной съ одной или нѣсколькими относительными теоріями.

32. Уголовныя теоріи находятся въ тѣсной связи съ новѣйшими теоріями о государствѣ и обществѣ. *Теоріи абсолютныя*, т. е. *теоріи возмездія* или *справедливости*, имѣютъ точкою отправленія слѣдующее воззрѣніе на государство. Государство вытекаетъ изъ нравственной необходимости человѣческой природы: природа принуждаетъ человѣка жить въ обществѣ. Государство не существуетъ единственно для внѣшнихъ цѣлей общества: оно само себѣ цѣль. Согласно такому понятію о государствѣ, карательная власть государства и наказаніе основаны на нравственной необходимости: наказаніе само себѣ цѣль. Такимъ образомъ абсолютныя теоріи находятъ верховное начало уголовнаго права во внутренней разумной необходимости. Эти теоріи, по мѣрѣ того, считаютъ ли онѣ подлежащимъ наказанію всякій грѣхъ и всякую безнравственность или только одно нарушеніе закона, раздѣляются на теоріи *нравственнаго* (Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga 1788 г. p. 65; Schmidt, *Moralphilosophie*, Jena

Digitized by Google

1792) и *юридическаго возмездія*. Эти послѣднія суть или *матеріальныя* (Jacob, *Philosophische Rechtslehre*, Halle 1795) или *идеальныя* (Кантъ, см. *н.* 342 ниже) смотря по тому, видятъ ли онѣ возмездіе въ причиненіи такого же или подобнаго содѣянному преступникомъ зла, т. е. основываются ли онѣ на матеріальномъ или аналогическомъ возмездіи.

33. *Относительныя теоріи* образовались подъ вліяніемъ теоріи *общественнаго договора*. Во второй половинѣ XVIII столѣтія господствовало убѣжденіе, что общество возникло вслѣдствіе договора и для пользы недѣлимыхъ; и, какъ созданное ихъ произволомъ оно существуетъ настолько, на сколько соотвѣтствуетъ ихъ интересу. Теоріи относительныя считаютъ наказаніе средствомъ къ достиженію пользы общества, единицъ вообще или же одного только преступника; оттого онѣ и названы *теоріями пользы* или *утилитарными*. Онѣ признаютъ необходимость наказанія, на сколько онымъ можетъ быть достигнута эта польза, состоящая въ *устрашеніи*, *предупрежденіи* или *исправленіи*. Осуществленіемъ этихъ непосредственныхъ цѣлей достигается цѣль посредственная и главная — сохраненіе законнаго порядка въ обществѣ. Устрашеніе, предупрежденіе и исправленіе могутъ быть понимаемы разнообразно; поэтому теоріи относительныя столь разнообразны. Такимъ образомъ эти теоріи оправдываютъ наказаніе его послѣдствіями.

34. Различіе абсолютныхъ теорій менѣе осязательно чѣмъ различіе относительныхъ. Относительныхъ теорій можетъ быть столько, сколько разнообразныхъ отношеній наказанія къ обществу и къ преступнику; между тѣмъ какъ всѣ абсолютныя теоріи признаютъ внутреннюю необходимость наказанія, но эту необходимость онѣ оправдываютъ различ-

Digitized by Google

нымъ образомъ. Поэтому не безъ основанія сказано, что есть только одна абсолютная теорія, различнымъ образомъ изложенная: ибо одно только можетъ быть абсолютно. Теоріи абсолютныя даютъ отвлеченное понятіе наказанія и по внѣшнимъ причинамъ связываютъ его съ общественною властію; между тѣмъ какъ теоріи относительныя обращаютъ непосредственно вниманіе на цѣли государства. Теоріи абсолютныя уклонились отъ жизни: ни одно государство не прибѣгало къ наказанію въ видѣ возмездія. По всѣ времена съ уголовною дѣятельностію государства, равно какъ и со всякою другою его дѣятельностію, соединяемы были извѣстныя цѣли. Поэтому относительныя теоріи имѣли гораздо бо́льшее вліяніе на жизнь и на законодательство, тѣмъ болѣе что онѣ были провозглашаемы спеціалистами и подробно развиты въ сочиненіяхъ объ уголовномъ правѣ; между тѣмъ какъ абсолютныя теоріи были излагаемы философами только въ общихъ очеркахъ.

35. *Смѣшанныя теоріи.* Какъ только стали появляться философскія изслѣдованія, нѣкоторые ученые начинаютъ дѣлать попытки разрѣшить основные вопросы посредствомъ соединенія разнородныхъ теорій. Задача этихъ попытокъ состояла въ томъ, чтобъ сохранить то, что́ въ разныхъ системахъ истинно, и избѣжать того, что́ въ нихъ односторонне. Такъ образовались смѣшанныя теоріи посредствомъ сопоставленія отдѣльныхъ теорій или же органическаго ихъ слія-нія. Теорій смѣшанныхъ два главные вида: теоріи, образовавшіяся изъ соединенія абсолютной съ одной или болѣе относительными, и теоріи, заключающія въ себѣ двѣ или болѣе относительныхъ.

Digitized by Google

III. Предѣлы карательной власти.

36. Эти предѣлы состоятъ въ разрѣшеніи вопроса: что и какъ слѣдуетъ наказывать, т. е. какія дѣянія должны подлежать наказанію, и какія мѣры и въ какомъ объемѣ должно употреблять государство (*качество и количество наказанія* т. е. *мѣра наказанія*). Посредствомъ разрѣшенія этихъ вопросовъ мы опредѣлимъ сферу карательной власти и способъ ея исполненія. Правила, обозначающія эти предѣлы, истекаютъ изъ верховнаго начала т. е. воззрѣнія на карательную власть и на существо наказанія. Поэтому каждая теорія иначе отвѣчаетъ на упомянутые вопросы. И такъ, по теоріи нравственнаго возмездія каждое безнравственное дѣяніе должно подлежать наказанію. Теорія юридическаго возмездія подводитъ подъ наказаніе то только, что́ противно закону. Относительныя теоріи считаютъ подлежащими наказанію такія правонарушенія, которыя возмущаютъ порядокъ въ государствѣ, и взысканіе за которыя,—при недостаточности другихъ менѣе строгихъ мѣръ (охужденіе общественнымъ мнѣніемъ, принужденіе къ возвращенію чужой собственности и проч.),—полезно въ виду устрашенія, или предупрежденія будущихъ преступленій, или же исправленія преступника. Еще болѣе разнообразія мы находимъ въ уголовныхъ теоріяхъ по отношенію къ мѣрѣ т. е. къ роду и величинѣ наказаній. Этотъ вопросъ обратилъ на себя особенное вниманіе въ концѣ предъидущаго столѣтія, по поводу существовавшихъ тогда такъ называемыхъ чрезвычайныхъ наказаній, такъ какъ во многихъ случаяхъ родъ и величина наказанія зависѣли отъ произвола судьи. Опредѣленіе въ этомъ отношеніи извѣстныхъ правилъ для практики и для законодательства сдѣла-

Digitized by Google

лось главною задачею философіи права. По примѣру германскихъ ученыхъ обращено было на это вниманіе во Франціи, Италіи и Англіи. Вопросъ о сферѣ уголовныхъ правонарушеній не представлялся столь безотлагательнымъ, такъ какъ начала по этому вопросу указаны были всесторонним опытомъ; преступленія же обязанныя своимъ существованіемъ суевѣрію, какъ напр. колдовство, магія и проч., начали постепенно исчезать. Этотъ вопросъ былъ оставленъ въ сторонѣ, но со времени обнародованія баварскаго уложенія 1813 г. стали понимать всю его важность: ибо это уложеніе, произвольно разширило сферу дѣяній, подлежащихъ наказанію.

IV. Окончательные выводы.

37. Историческій взглядъ на развитіе понятій о существѣ карательной власти, преступленія и наказанія, и вмѣстѣ съ тѣмъ подробный разборъ уголовныхъ теорій принадлежитъ философіи права [1]). По этому мы ограничились только общимъ взглядомъ на эти теоріи на сколько это необходимо для той теоріи, на которой мы намѣрены основать наше изложеніе. Для единства въ изложеніи и послѣдовательнаго проведенія этой теоріи, мы будемъ разрѣшать по ея началамъ всѣ встрѣчаемыя нами сомнѣнія. Ошибочный взглядъ нѣкоторыхъ теорій вытекаетъ главнымъ образомъ изъ неяс-

---

[1]) По поводу важности этого предмета для изучающихъ нашу науку, мы помѣщаемъ его въ особомъ приложеніи въ концѣ этого сочиненія: ибо нѣскольколѣтній опыть убѣдилъ насъ, что этотъ предметъ дѣлается болѣе доступнымъ только для того, кому знакомы уже общія начала уголовнаго права.

Digitized by Google

наго пониманія отношенія между основаніемъ наказанія, цѣлью наказанія и карательною властію. Вдумываясь въ наказаніе и преступленіе съ отвлеченной точки зрѣнія, нельзя не согласиться, что основанія наказанія не должно искать внѣ преступленія, но въ немъ самомъ, въ его существѣ. По этому, чтобъ опредѣлить существо и основаніе наказанія, мы должны прежде всего составить себѣ ясное понятіе о существѣ преступленія. Понятіе преступленія не можетъ быть построено философически. Оно коренится на положительномъ правѣ; слѣдовательно оно есть историческое, и по этому въ разныя времена и у разныхъ народовъ—различно. Понятіе о преступленіи находится въ тѣсной связи съ *понятіемъ о государствѣ* и основывается на немъ какъ на своей опорѣ.

38. Стремленіе къ общежитію, къ соединенію съ другими подобными существами, присуще человѣку. Такъ образовались семейства, поколѣнія, народы, и наконецъ государства какъ осуществленіе нравственнаго единства каждаго народа. Эти группы суть истеченіе непреодолимой, необходимой внутренней потребности. Изъ этой необходимости истекаетъ не только существованіе упомянутыхъ группъ, но и внутренній ихъ порядокъ. Государство не есть созданіе произвола или договора его членовъ, не есть учрежденіе для достиженія той или другой цѣли. Это—необходимая форма, въ которой народы исполняютъ свое историческое призваніе. Два условія неразрывно сопряжены съ идеей государства: во первыхъ одна воля должна возвышаться надъ другими, во вторыхъ общество должно имѣть силу для внѣшняго проявленія этой воли. Свобода этой воли не абсолютна: она подвержена такимъ же нравственнымъ законамъ какъ и недѣлимые; притомъ дѣятельность ея зависитъ отъ свойства силъ, которыми она располагаетъ. Однакожъ изъ идеи о государ-

Digitized by Google

ствѣ истекаетъ то, что́ оно въ употребленіи этихъ силъ, въ дѣятельности своей, независитъ ни отъ какой другой власти. Государство употребляетъ эти силы для достиженія извѣстныхъ цѣлей. Нѣкоторыя дѣянія не входятъ въ сферу задачъ и цѣлей государства, какъ напр. дѣянія, которыя вѣрнѣе совершаются отдѣльными членами или частными обществами. Все то, что́ входитъ въ кругъ дѣятельности государства, можно свести къ двумъ задачамъ: государство должно содѣйствовать всему тому, что́ согласно съ его сущностію, и противудѣйствовать тому, что́ противурѣчитъ ей. Непріязненно дѣйствуютъ противъ государства природа или люди.

39. Силы индивидуальныя не могутъ быть обращены противъ государства. Оно можетъ и даже должно требовать, чтобъ каждый воздерживался отъ того, что́ несогласно съ эго цѣлями. Это истекаетъ изъ обязанности государства осуществлять извѣстныя цѣли и изъ господствованія его надъ силами отдѣльныхъ его членовъ. Оно имѣетъ въ извѣстной степени право располагать силами всѣхъ, состоящихъ подъ его властію, на сколько эти силы обнаруживаются во внѣшнемъ мірѣ. Эта власть располагать единицами не значитъ, что́ каждая изъ нихъ вездѣ и всегда должна употреблять свои силы для государства; но она должна употреблять ихъ, когда это необходимо для блага или безопасности общества и когда государство этого требуетъ. Внѣ этой двойственной обязанности,—дѣлать то, чего требуетъ государство, и не дѣлать того, что́ ему вредно,—единицы могутъ самостоятельно развивать свою дѣятельность. Свобода единицъ, понимаемая въ этомъ смыслѣ, составляетъ необходимое условіе нормальнаго бытія государства. Но свобода можетъ быть употреблена во зло: членъ общества можетъ направить свою дѣятельность противъ него и стремиться къ его вреду. Тогда должно послѣдо-

Digitized by Google

вать противудѣйствіе. Внутреннее убѣжденіе учитъ, что это противудѣйствіе должно состоять въ причиненіи вреда, страданія, или въ наказаніи того, который употребилъ во зло свою свободу. Наказаніе значитъ, что государство признало извѣстныя дѣянія вредными для себя, и сочло своею обязанностію противудѣйствовать имъ. Наказаніе есть возмездіе за употребленіе свободы во зло. Это возмездіе, этотъ таліонъ, не есть уничтоженіе такого злоупотребленія, ибо то, что́ случилось,—неуничтожимо; но возмездіе есть возстановленіе нарушеннаго общественнаго порядка.

40. Государство не есть учрежденіе, призванное осуществить извѣстныя мысли и цѣли со всею точностію и послѣдовательностію. Оно должно принять въ уваженіе различныя отношенія и обстоятельства. Каждое дѣяніе, противное государству, даже малѣйшее ослушаніе, заслуживаетъ наказанія; но во многихъ случаяхъ наказаніе не примѣняется, преимущественно же когда другія менѣе строгія мѣры или самое охужденіе общественнымъ мнѣніемъ,—достаточны для противудѣйствія дѣяніямъ, несогласнымъ съ общественнымъ благомъ. Иногда государство считаетъ болѣе соотвѣтственнымъ обратиться къ принудительнымъ мѣрамъ для исполненія его требованій, нежели подвергать наказанію. Такимъ образомъ государство, по внѣшнимъ причинамъ, не всегда пользуется предоставленною ему карательною властію, не наказываетъ всего того, что́ подлежитъ наказанію, т. е. не всякое дѣяніе, заслуживающее наказанія, считаетъ преступленіемъ. Государство не пользуется этою властію тамъ, гдѣ организованный порядокъ, какъ напр. въ училищѣ, семействѣ и церкви, имѣетъ средства противудѣйствія, соотвѣтственнѣе тѣхъ, которыми располагаетъ государство. Исполненіе карательной власти поручено извѣстнымъ органамъ

Digitized by Google

т. е. судамъ. Эти органы связаны извѣстными правилами, называемыми уголовнымъ закономъ. Угроза въ законѣ наказаніемъ за извѣстныя дѣянія объясняетъ членамъ государства, что они должны воздерживатся отъ такихъ дѣяній. Преступленіе предполагаетъ прежде всего существованіе карательной власти и уголовнаго закона: ибо, по выше изъясненному понятію о преступленіи, оно заключаетъ въ себѣ дѣянія, съ цѣлію государства несогласныя и признанныя государствомъ заслуживающими наказанія. Однимъ словомъ *преступленіе есть дѣяніе, запрещенное подъ страхомъ наказанія.*

41. Изъ такого взгляда на существо карательной власти и преступленія слѣдуетъ: *что верховное начало уголовнаго права есть общественная справедливость, видоизмѣняемая интересомъ общественной пользы.* Въ дополненіе очерка принятой нами теоріи, долженствующей служить основаніемъ нашему изложенію, остается здѣсь предложить въ общихъ чертахъ понятія о качествѣ и мѣрѣ наказаній: ибо, — разрѣшивъ уже вопросъ о верховномъ началѣ, и о томъ, что́ слѣдуетъ наказывать, — мы должны разрѣшить послѣдній вопросъ о томъ, какъ опредѣлять наказаніе? Существенныя качества наказанія состоятъ въ слѣдующемъ: наказаніе должно быть справедливо и необходимо для сохраненія общественнаго порядка, и слѣдовательно полезно въ своихъ послѣдствіяхъ. Вопросъ о мѣрѣ наказанія и соразмѣрности его съ величиною преступленія не можетъ быть разрѣшенъ теоретически. Наука въ состояніи дать здѣсь только нѣкоторыя указанія. Вообще можно сказать, что при опредѣленіи наказанія, а именно его рода и мѣры, надлежитъ обращать вниманіе не только на внутреннюю сторону преступленія, на противозаконное направленіе воли, но и на внѣшнюю сторону, на обнаруженіе злой воли и степень онаго: ибо изъ самаго внѣшняго характера государства

Digitized by Google

истекаетъ, что для него послѣдствіе дѣянія важнѣе самаго дѣянія. При опредѣленіи наказаній за разныя преступленія и относительной величины ихъ, законодатель долженъ по возможности принаравливаться къ убѣжденіямъ и чувству справедливости общества, не принося въ жертву общества единицамъ, ни единицъ обществу. Кромѣ того государство можетъ опредѣлять менѣе строгія наказанія по той же причинѣ, по какой оно не наказываетъ нѣкоторыхъ вредныхъ ему дѣяній, а именно когда этого требуетъ общественная польза: государство имѣетъ право уравнивать наказаніе съ преступленіемъ, но къ этому оно не обязано. Соблюдая эти начала при опредѣленіи наказаній, государство можетъ притомъ стремиться къ достиженіи разныхъ цѣлей для пользы общества или недѣлимыхъ посредствомъ угроженія наказаніемъ или посредствомъ способа приведенія онаго въ исполненіе.

42. Въ этомъ очеркѣ главныхъ началъ уголовнаго права и карательной власти мы указывали связь ихъ съ внутреннею политикою, съ пользою государства, не объясняя связи ихъ съ высшими нравственными интересами человѣчества. Мы сдѣлали это по слѣдующимъ причинамъ. Уголовное право составляетъ только одну изъ отраслей права вообще. Право имѣетъ по существу своему отдѣльную сферу на равнѣ съ нравственностію и религіею. Указаніе же связи между правомъ вообще и высшими нравственными интересами человѣчества составляетъ задачу, не уголовной теоріи, а философіи права вообще.

Digitized by Google

КНИГА I.

УГОЛОВНЫЙ ЗАКОНЪ.

ГЛАВА I.

Источникъ и толкованіе уголовнаго права.

43. Карательная власть, предоставленная государству, не безпредѣльна: исполненіе ея обусловлено обязанностію государства объяснить всѣмъ состоящимъ подъ его властію, за что́ оно намѣрено наказывать. Такимъ образомъ карательная власть опредѣлена извѣстными правилами, называемыми уголовнымъ правомъ. Вездѣ уголовное право́ проявляется въ формѣ обычая или закона по мѣрѣ того, выразило ли ясно государство свою волю въ этомъ отношеніи или нѣтъ. Юридическій обычай состоитъ въ повтореніи одного и тогоже способа рѣшенія даннаго вопроса, когда по этому вопросу не существуетъ положительнаго закона. Такой обычай усиливаетъ свое значеніе, когда на немъ отражается убѣжденіе и юридическій тактъ народа. Онъ можетъ существовать и рядомъ съ писаннымъ закономъ. Къ обычаямъ относится и судебная практика, вырабатываемая судьями. Чѣмъ болѣе граждане принимаютъ участія въ правосудіи, тѣмъ болѣе судебные обычаи состоятъ въ связи съ общественною жизнію.

Digitized by Google

44. Въ законѣ надобно различать два вопроса, которые въ обычномъ правѣ почти сливаются: вопросъ о существованіи правила и о его содержаніи. Вопросъ о томъ, существуетъ ли данное правило, т. е. имѣетъ ли оно обязательную силу, разрѣшается судьею по началамъ государственнаго права. Начала, касающіяся изученія содержанія правилъ закона, не принадлежать исключительно уголовному праву: они общи всѣмъ юридическимъ наукамъ [1]). Умственная дѣятельность, слѣдующая извѣстнымъ началамъ, направленная къ понятію содержанія правилъ закона, т. е. къ точному уразумѣнію смысла словъ, которыми законодатель выразилъ свою мысль, называется *толкованіемъ*. Оно необходимо во всякомъ случаѣ, когда слѣдуетъ примѣнить данную статью. Эта дѣятельность часто такъ проста, что она почти не замѣтна. Затрудненіе предстоитъ тогда, когда слова не передаютъ ясно мысли законодателя, когда не достаточно такъ называемое *граматическое толкованіе*, объясняющее, согласно законамъ языка и синтаксису, значеніе отдѣльныхъ словъ. Въ такомъ случаѣ надобно обратиться къ другимъ средствамъ объясненія мысли законодателя, къ опредѣленію взаимнаго соотношенія между словами, т. е. къ *логическому толкованію*. Тутъ, для надлежащаго постиженія точнаго смысла закона, должно иногда обращать вниманіе на происхожденіе его, на мотивы, пріуготовительные труды, пренія и, наконецъ, на связь закона съ другими, находящимися съ нимъ въ ближайшемъ соотношеніи. Согласно тому логическое толкованіе

---

[1]) Даже правило „*in dubis in mitius*“ не принадлежитъ исключительно уголовному праву. Подобное правило существуетъ въ гражданскомъ правѣ: „*Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur*“ l. 9 Dig. de regulis juris. Срав. ст. 1162, фр. гражд. код.

Digitized by Google

можетъ быть *историческое* или *догматическое*. Но свободная дѣятельность мысли въ толкованіи прекращается, когда самъ законодатель новымъ закономъ объясняетъ сомнительный смыслъ прежняго закона. Такимъ образомъ толкованіе по своему источнику можетъ быть *подлинное, судебное* или *научное*. Толкованіе отдѣльной статьи не можетъ противурѣчить духу цѣлаго: статья можетъ быть понята только въ связи съ цѣлымъ. Дѣятельность ума въ толкованіи должна быть нетолько аналитическая, но и синтетическая: ибо иначе она не могла бы возсоздать ту мысль, которая заключена въ словахъ законодателя.

45. Толкованіе устраняетъ неудобства, истекающія изъ неточности редакціи, особенно же тогда, когда законъ выражается конкретно, т. е. имѣетъ въ виду только особенные случаи. Тогда *распространительное толкованіе*, согласно подразумѣваемой мысли законодателя, даетъ словамъ болѣе обширное значеніе, такъ что подъ данную статью подводятся случаи, какихъ она по своему буквальному выраженію не обнимаетъ. Иногда же представляется необходимость поступать наоборотъ, т.е. посредствомъ *стѣснительнаго толкованія*, основываясь на томъ, что не надобно увлекаться неточностію выраженій правила и давать ему болѣе широкое приложеніе чѣмъ хотѣлъ ему дать самъ законодатель. Такое расширеніе или стѣсненіе не есть расширеніе или стѣсненіе существенной мысли законодателя, а только той мысли, которая представляется намъ на первый взглядъ. При такомъ пониманіи обоихъ способовъ толкованія, споръ о томъ, можно ли допустить тотъ или другой изъ нихъ, не имѣетъ существеннаго значенія. Мнѣніе Эли (во введеніи къ сочиненію Беккаріа, стр. 65), что толкованіе не должно быть, ни распространительно, ни стѣснительно, а *опредѣлительно* (*déclarative*), — согласно съ нашимъ воззрѣніемъ; но Эли два первые термина относитъ къ про-

Digitized by Google

извольному обозначенію предѣловъ закона, вопреки его разуму.

46. Научному изслѣдованію вопросовъ о толкованіи дало толчокъ уголовное право. Ни въ одной отрасли правовѣденія въ XVIII вѣкѣ толкованіе не было подвержено такому произволу, какъ въ уголовномъ правѣ: ибо тутъ толкованіе должно было рѣшить неразрѣшимую задачу — согласовать посредствомъ своего искуства пережитую уголовную систему съ идеями новаго времени. Изъ неограниченнаго произвола судьи бросились въ другую крайность. Беккарія (§ 4) требуетъ, чтобъ судьи не дерзали толковать законы, ибо это вреднѣе буквальнаго ихъ примѣненія. Примѣръ Беккарія нашелъ въ Германіи подражателей. Толкуя произвольно законы по поводу ихъ неясности, признавая естественное право, — или, прямо говоря, индивидуальныя мнѣнія,—вспомогательнымъ источникомъ права, германскіе ученые требовали законодательства яснаго, устраняющаго необходимость толкованія. Споръ о томъ продолжался довольно долгое время, хотя ни практика, ни наука, не могли обойтись безъ толкованія. Баварскій законодатель,—запретивъ при обнародованіи кодекса 1813 г. печатать коментаріи, и приказавъ судьямъ и професорамъ уголовнаго права придерживаться исключительно текста законовъ,—полагалъ, что этимъ онъ удовлетворилъ упомянутому требованію.

47. *Аналогія.* Не только органическое единство, но и полнота, составляютъ существенное качество законодательства. Послѣднее условіе почти недостижимо. Нѣтъ уложенія, въ которомъ бы не было извѣстнаго пробѣла, въ которомъ не нашелся бы случай, не подходящій подъ статьи закона, даже при содѣй-

Digitized by Google

ствіи распространительнаго толкованія. Пополненіе этого пробѣла посредствомъ естественнаго или мнимо-нормальнаго права, возвышеннаго надъ всѣми положительными законодательствами, повело бы къ произволу, уничтожающему законъ. Рѣшить эту задачу и избѣгнуть этой крайности можно только тогда, когда мы въ самомъ же законѣ будемъ пріискивать средства къ его пополненію, согласно его органическому единству. Этой цѣли мы достигаемъ посредствомъ аналогіи. Она отличается отъ распространительнаго толкованія, хотя въ обоихъ дѣло идетъ объ общеніи. Распространительное толкованіе не пополняетъ пробѣла, но только, согласно подразумѣваемой мысли законодателя, исправляетъ неточное ея изложеніе, т. е. понимаетъ его въ болѣе обширномъ смыслѣ. Аналогія указываетъ начало для случая, котораго въ самомъ дѣлѣ законодатель не предвидѣлъ. Но если аналогія начертываетъ общія правила, то спрашивается: на какомъ основаніи судьѣ предоставлено право дѣлать аналогическіе выводы?

48. Въ гражданскомъ правѣ, если данный случай не предвидѣнъ закономъ, судья не можетъ, безъ нарушенія своего призванія, отказываться отъ рѣшенія дѣла. Слѣдовательно онъ долженъ, или требовать разрѣшенія отъ законодательной власти, что̀ несогласно съ новѣйшими понятіями, или самъ путемъ аналогіи найти начало для рѣшенія. Другое дѣло въ уголовномъ правѣ. Если судьѣ представленъ случай, непредвидѣнный закономъ, то онъ можетъ, и даже долженъ отказаться отъ примѣненія наказанія: ибо законодатель могъ изъ видовъ общественной пользы не желать, чтобъ данное дѣяніе, хотя и наказуемое, было наказано. Но съ другой стороны законодатель можетъ положить извѣстныя начала, предоставляя судьѣ дальнѣйшее ихъ развитіе или аналогическое примѣненіе. Въ чемъ же состоитъ различіе между уго-

Digitized by Google

ловнымъ и гражданскимъ судьею, если и первому изъ нихъ можетъ быть предоставлена аналогія? Оно состоитъ именно въ томъ, что уголовный судья по усмотрѣнію законодателя можетъ быть связанъ только случаями, прямо указанными закономъ.

49. Судья уголовный вторгался бы въ сферу законодательства, еслибъ онъ, пользуясь предоставленнымъ ему правомъ аналогіи, во всякомъ непредвидѣнномъ закономъ случаѣ, рѣшалъ дѣло по созданному имъ самимъ началу. Уставъ есть не сопоставленіе или скопленіе множества отдѣльныхъ статей, но органическое, округленное цѣлое. Когда судья въ этомъ цѣломъ усматриваетъ недостатокъ, составляющій истинный пробѣлъ, тогда онъ можетъ обратиться къ аналогіи; но онъ не можетъ прибѣгать къ ней тогда, когда въ данномъ случаѣ представляется прямой недостатокъ правила. О существованіи указаннаго пробѣла можно убѣдиться изъ мотивовъ закона. Если въ отношеніи къ *ratio legis*, т. е. къ побудительной причинѣ закона, мысль законодателя оказывается неполною, и пробѣлъ можетъ быть пополненъ только посредствомъ указанія *ratio legis*, тогда существуетъ такъ называемая *аналогія правила закона* (*Gesetzesanalogie*). Когда же пробѣлъ пополняется посредствомъ органической связи разныхъ статей, или посредствомъ духа всего устава, тогда существуетъ *аналогія права* (*Rechtsanalogie*). Въ первомъ случаѣ данною, которая служитъ исходною точкою, — отдѣльная статья: во второмъ данныя суть не отдѣльныя статьи, но начала, пріобрѣтенныя путемъ цѣлаго ряда сложныхъ выводовъ или отвлеченныхъ соображеній. Оба вида аналогіи сливаются, и точное отдѣленіе ихъ другъ отъ друга трудно. Въ самомъ дѣлѣ отдѣльная статья тогда только можетъ быть примѣнена къ данному непредвидѣнному закономъ случаю, когда это согласно съ духомъ устава. Наобо-

Digitized by Google

ротъ, если мы полагаемъ, что то или другое соотвѣтственно духу устава, то этотъ духъ долженъ быть истеченіемъ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ статей. Такъ какъ законодатель не понималъ и не составлялъ статей какъ отдѣльныя подробности, но какъ единое органическое цѣлое; то эти статьи должны быть понимаемы въ органической связи, что́ не можетъ существовать безъ пополненія пробѣловъ посредствомъ аналогіи, объясняющей путемъ логической необходимости, что извѣстное начало, хотя и не высказанное законодателемъ, было въ его мысли и воли.

50. Допущеніе законодателемъ аналогіи въ извѣстныхъ предѣлахъ, хотя она и истекаетъ изъ существа законодательства, зависитъ отъ того,, въ какой мѣрѣ законодатель считаетъ полезнымъ ограничить или расширить власть судьи, что́ опять подчинено степени довѣрія законодателя къ судьямъ и степени ихъ образованности. Законодательная политика въ недозволеніи анологіи можетъ усматривать ограждеиіе неприкосновенности и свободы гражданъ, которые по мнѣнію Эли (l. c.), въ случаѣ допущенія аналогіи, могли бы подвергаться наказанію за то, что не поняли научнаго вывода. Такъ какъ съ одной стороны совершенное устраненіе апалогіи невозможно, съ другой же безусловное ея допущеніе моглобы сдѣлаться вреднымъ; то соотвѣтственнѣе избрать средній путь и допустить *аналогію правила закона*,—по отношенію къ дѣяніямъ, подлежащимъ наказанію, съ тѣмъ ограниченіемъ, что эта аналогія должна касаться только случаевъ, которые по несомнѣнной волѣ законодателя должны быть признаны преступленіемъ. Такъ напр. судья рѣшаетъ согласно мысли законодателя, если къ непредвидѣнному по дѣйствующему уложенію случаю самовольнаго залога чужой собственности примѣняетъ по аналогіи наказаніе, опредѣ-

Digitized by Google

ляемое за противозаконную отдачу въ наемъ чужой собственности.

51. Французскій кодексъ (ст. 4) запрещаетъ приговаривать къ наказанію по аналогіи. Его примѣру послѣдовали законодательства: прусское, баварское, италіянское и испанское. Нѣкоторые германскіе кодексы придерживаются противуположнаго начала, признавая подлежащими наказанію дѣянія, которыя запрещены по буквальному выраженію или по *разуму* статей закона, напр. код. виртемб. ст. 1, саксонской ст. 1, браушвейскій § 4. Уложеніе о наказаніяхъ въ ст. 90 изданія 1866 (ст. 97 ул. для Цар. Польс.) [1]) запрещаетъ аналогію; въ ст. же 151 (ст. 156 ул. для Ц. П.) допускаетъ ее, но только въ отношеніи наказуемости, а не преступности. Впрочемъ эта статья, попавшая изъ свода 1832 въ уложеніе 1845, не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ она касается законовъ, безусловно неопредѣленныхъ (т. е. предоставляющихъ судьѣ опредѣлять наказаніе по его усмотрѣнію), каковыхъ уже нѣтъ въ уложеніи 1845 г. [2]).

---

[1]) Уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. введено въ Царствѣ Польскомъ съ нѣкоторыми измѣненіями въ 1847 г.

[2]) Сравни: рѣшеніе Угол. Кас. Деп. Сената по дѣлу Павленкова (Шрейберъ, Сборникъ статей уложенія о наказ., стр. 175); Сводъ Утина, примѣчаніе къ ст. 151; Таганцевъ, О повтореніи преступленій, стр. 273.

Digitized by Google

ГЛАВА II.

Предѣлы дѣйствія уголовнаго закона.

А. По времени.

52. Статьи закона не только составляютъ для судьи правила, по которымъ онъ долженъ исполнять карательную власть, но онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ заключаютъ въ себѣ повелѣніе или запрещеніе, имѣющія обязательную силу для всѣхъ подданныхъ государства. Еслибъ законъ былъ только правиломъ для судьи, судья долженъ бы былъ примѣнять его ко всякимъ поступкамъ, несмотря на то, когда они совершены. Но законъ вмѣстѣ съ тѣмъ есть публичное запрещеніе, которое можетъ быть нарушено только тогда, когда оно существовало во время совершенія противозаконнаго дѣянія. Обязательная сила закона начинается со времени обнародованія его, и сохраняется пока законъ не будетъ отмѣненъ. Обыкновенно законодатель объявляетъ день публикаціи закона какъ время, съ котораго начинается его обязательная сила.

53. Дѣяніе можетъ быть наказано, на сколько оно нарушаетъ законъ, существующій во время его совершенія; и тогда оно влечетъ за собою наказаніе, этимъ закономъ опредѣленное. Изъ такого правила дѣлается изъятіе въ случаѣ,

Digitized by Google

когда до окончательнаго приговора за данное дѣяніе состоится новый законъ, признающій безнаказанными извѣстныя дѣянія, дотолѣ наказываемыя, или опредѣляющій менѣе строгое наказаніе. Ученые согласны въ томъ, что въ этомъ случаѣ долженъ быть примѣняемъ новый законъ. Если государство признало въ этомъ законѣ болѣе соотвѣтственнымъ не наказывать извѣстныя дотолѣ наказываемыя дѣянія, или наказывать оныя легче; то оно дѣйствовало бы вопреки своему убѣжденію и пользѣ, и напрасно уменьшалобы располагаемыя имъ индивидуальныя силы, еслибъ оно къ этимъ дѣяніямъ, совершеннымъ во время дѣйствія прежняго закона, не примѣняло новаго закона. Это начало признано по большей части германскими кодексами и италіянскимъ уложеніемъ 1861 г. (ст. 3). Въ противномъ же случаѣ, т. е. когда новый законъ подвергаетъ наказанію дѣянія, прежде не наказываемыя, или опредѣляетъ болѣе строгія противъ прежнихъ наказанія, законъ не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія, ибо это было бы несогласно со справедливостію. Если въ первомъ случаѣ обратное дѣйствіе имѣетъ характеръ помилованія, то во второмъ оно было бы жестокостію. Это начало признано новѣйшими законодательствами. Въ первой половинѣ текущаго столѣтія въ наукѣ, законодательствѣ и практикѣ упрочено правило, что всегда надобно примѣнять тотъ законъ, который мягче, не смотря на то, позднѣе онъ или ранѣе другаго. Напротивъ того въ древнемъ римскомъ правѣ для наказанія достаточно было того, чтобъ дѣяніе было наказуемо: обратное дѣйствіе закона было правиломъ (срав. Seeger, *Rückwirk. Kraft neuer Strafgesetze*, Tübing., 1862, §§ 1, 22).

54. Въ примѣненіи этихъ началъ объ обратномъ дѣйствіи законовъ рождаются два вопроса: во 1) который изъ двухъ изданныхъ законовъ надобно считать мягче? 2) когда,

Digitized by Google

въ какомъ періодѣ процесса, выше показанныя начала примѣнимы?

Относительно 1-го вопроса, слѣдуетъ примѣнять прежній законъ: когда новый законъ считаетъ преступленіемъ дѣяніе, дотолѣ дозволенное; когда онъ прежнее наказаніе усиливаетъ по качеству или количеству; когда признаетъ увеличивающимъ вину обстоятельство, прежде неимѣвшее значенія; когда устраняетъ обстоятельство, которое дотолѣ уменьшало вину; когда отмѣняетъ давность или назначаетъ ей болѣе продолжителный срокъ; когда приказываетъ преслѣдовать офиціяльно преступленіе, наказывавшееся прежде только по частной жалобѣ, и проч. Наоборотъ слѣдуетъ примѣнять новый законъ: когда онъ наказывавшееся прежде дѣяніе не подвергаетъ наказанію; когда уменьшаетъ наказаніе за данное преступленіе; когда отмѣняетъ обстоятельства, отягчающія вину; когда опредѣляетъ новыя смягчающія обстоятельства; когда сокращаетъ срокъ давности.

Относительно 2-го вопроса, выше указанныя начала о примѣненіи менѣе строгаго закона должны имѣть вліяніе не только во время произнесенія приговора, но и при исполненіи его, если наказаніе можетъ быть уменьшено, или же если идетъ дѣло объ устраненіи добавочнаго наказанія (напр. лишенія извѣстныхъ правъ) и проч.

Б. По отношенію къ мѣсту и лицамъ.

55. Можетъ ли государство наказывать преступленія, содѣянныя кѣмъ либо въ его предѣлахъ? Можетъ ли оно взыскивать со своихъ подданныхъ за преступленія, совершенныя за границею? Можетъ ли оно за такія преступленія подвергать наказанію иностранцевъ? Вотъ вопросы, которые здѣсь слѣдуетъ разрѣшить. Предметъ этотъ принадлежитъ

Digitized by Google

къ наукѣ *международнаго уголовнаго права*, которое объясняетъ: какіе предѣлы законодательной дѣятельности извѣстнаго государства полагаютъ законодательства другихъ государствъ, и опредѣляетъ вообще международныя отношенія уголовно-законодательной власти разныхъ государствъ. Однако жъ мы должны здѣсь разрѣшить эти вопросы для полноты воззрѣнія и для опредѣленія объема карательной власти государства.

56. Общность правъ единицъ имѣетъ двѣ основы: *народность*,—которая составляла исключительное начало, связывающее людей до образованія государства, когда они вели кочевую жизнь,—и *территоріяльность*, которая служитъ основаніемъ подчиненія лицъ въ образованномъ государствѣ. На основаніи послѣдняго принципа всѣ пребывающіе въ предѣлахъ государства подлежатъ его законамъ. Изъ этого историческаго различія выводятся двѣ главныя, противоположныя системы международнаго уголовнаго права: система территоріальная и система личная, т. е. система личнаго подчиненія. По *территоріальной системѣ*, имѣющей перевѣсъ въ англійской юриспруденціи и въ Сѣверо-Американскихъ Штатахъ, уголовный законъ распростаняетъ свою силу только на территорію, для которой онъ установленъ; дѣянія же, совершенныя за границею, не подлежатъ его дѣйствію. *Система личная*, принятая съ нѣкоторымъ ограниченіемъ во Франціи, полагаетъ, что законъ уголовный нетолько распространяется внутри государства на всѣхъ, даже временно въ немъ пребывающихъ, но онъ нераздѣльно связанъ съ личностію подданнаго, который долженъ быть подчиненъ ему даже и внѣ предѣловъ своего государства. Ни первое, ни второе начало, какъ увидимъ, не можетъ быть проведено исключительно. *Третья система*, признавая за государствомъ право наказывать всѣ преступленія, содѣянныя подданными на его

Digitized by Google

территоріи, или внѣ ея предѣловъ, полагаетъ что, кромѣ того государство имѣетъ право защищать себя и своихъ подданныхъ, и слѣдовательно можетъ наказывать даже дѣянія иностранцевъ, хотя бы и внѣ его границъ противъ него направленныя. Съ этимъ согласно дѣйствующее законодательство и по большей части германскіе кодексы. *Четвертая система* требуетъ наказанія всѣхъ, внутри или внѣ государства содѣянныхъ преступленій, даже и въ томъ случаѣ, когда дѣло идетъ о наказаніи находящагося въ предѣлахъ государства преступника, который во время нахожденія въ другомъ государствѣ нарушилъ права третьяго. Эту систему оправдывали теоріею предупрежденія. Новѣйшіе писатели, какъ напр. Моль (*Staatsrecht, Völkerrecht*.... I, 647), исходя изъ космополитической точки зрѣнія и смѣшивая право съ нравственностію, въ защиту этой системы говорятъ: „существо уголовной неправды, не смотря на мѣсто ея совершенія, вездѣ одинаково и осуществленіе права не можетъ быть ограничено предѣлами одного государства; во всѣхъ образованныхъ государствахъ извѣстныя дѣянія, какъ убійство и разбой, составляютъ тяжкія преступленія, т. е. такъ называемыя *преступленія повсемѣстныя* (*delicta juris gentium, natürliche Verbrechen*) въ противуположность *мѣстнымъ преступленіямъ* (*delicta juris civilis*) т. е. такимъ дѣяніямъ, которыя только въ извѣстныхъ государствахъ считаются преступленіями.“ По таковому воззрѣнію государство наказываетъ, и даже, какъ полагаетъ Schmid (*Lehrb. d. Staatsrechts*, §§ 87, 88), обязано наказывать содѣянное за границею (повсемѣстное) преступленіе, какъ нарушеніе законнаго порядка, въ которомъ заинтересованы всѣ государства. Такимъ образомъ, говоритъ Bar (*Internationale Privat-und Strafrecht*, Hannov., 1862, § 135), государство подводить подъ свой уголовный законъ всѣ на земномъ шарѣ содѣянныя преступленія.

Digitized by Google

Разрѣшеніе упомянутыхъ вопросовъ (*н.* 55) состоитъ въ тѣсной связи съ существомъ наказанія, преимущественно же съ карательною властію. Изъ существа ея истекаютъ ея предѣлы.

I. Преступленія внутри государства.

57. Въ воззрѣніи нашемъ на существо наказанія и карательной власти (*н.* 39, 40) мы не основывались на территоріи, но на винѣ, на возстаніи единичной воли противъ воли общественной, которой представитель—государство. Такое возстаніе единичной воли можетъ быть совершено лишь подданнымъ, ибо только онъ обязанъ повиноваться государственной власти. Государство наказываетъ преступленіе, содѣянное внутри его предѣловъ, не потому, что преступленіе совершено на его территоріи, а потому что виновникъ — его подданный. Иностранецъ, временно пребывающій въ предѣлахъ государства, считается временнымъ подданнымъ; туземное право, оказывая ему покровительство, вмѣстѣ съ тѣмъ обязываетъ его. Начало, что всякое преступленіе, совершенное въ предѣлахъ государства, подвѣдомственно его судамъ, признано законодательствами. Изъ этого правила исключаются: глава правительства, такъ какъ онъ не можетъ подлежать власти, которой онъ представитель; иностранные монархи; посланники съ ихъ семействами и ихъ свита; также консулы на Востокѣ, которые по началу внѣземельности (*exterritorialité*) считаются пребывающими постоянно въ своемъ государствѣ.

58. Должно ли государство взыскивать за преступленія, совершенныя въ его предѣлахъ и направленныя противъ другаго государства. Древнее государство считало себя замкнутымъ, самому себѣ удовлетворяющимъ міромъ, другія же го-

Digitized by Google

сударства чѣмъ то случайнымъ. Оно полагало, что исполняетъ свою задачу, когда печется о порядкѣ внутри своихъ предѣловъ. Новѣйшія образованныя государства находятся между собою въ безпрерывныхъ разнородныхъ соотношеніяхъ: одно не можетъ равнодушно смотрѣть на нарушеніе правъ другаго, содѣянное въ его предѣлахъ, въ особенности когда оба находятся въ дружественныхъ отношеніяхъ. Въ такомъ случаѣ нѣкоторые нѣмецкіе кодексы опредѣляютъ наказаніе.

Хотя по отношенію къ преступленіямъ, совершеннымъ на территоріи государства, нѣтъ существенной разницы между туземцами и иностранцами; однако жъ есть преступленія, которыя могутъ быть совершаемы только туземцами (какъ нпр. государственная измѣна) или только иностранцами (какъ напр. возвращеніе послѣ высылки за границу).

II. Преступленія туземцевъ за границею.

59. Изъ нашего понятія о преступленіи (*н.* 39, 40) истекаетъ, что возстаніе единичной воли противъ воли общественной есть преступленіе, не смотря на мѣсто его совершенія. Обязанности по отношенію къ государству лежатъ на подданныхъ независимо отъ мѣста ихъ пребыванія. Власть государства распространяется на всѣ, хотя и содѣянные за границею, поступки подданныхъ, запрещенные подъ страхомъ наказанія. Взысканіе за такія дѣянія не составляетъ нисколько вмѣшательства въ права государства, въ которомъ содѣяно преступленіе: нельзя отказывать государству въ правѣ предпринимать мѣры, которыя оно считаетъ соотвѣтственными для сохраненія общественнаго порядка. Эти мѣры не могутъ быть поставляемы въ зависимость отъ того, что существуетъ другое государство, которое считаетъ данное дѣяніе тоже нарушеніемъ своего внутренняго порядка. Еслибъ

Digitized by Google

придерживаться съ точностію территоріяльнаго начала; то могли бы европейскія государства наказывать въ своихъ африканскихъ колоніяхъ преступленія, совершенныя внѣ ихъ предѣловъ среди варварскихъ племенъ. Можетъ ли быть дозволено подданнымъ совершать внѣ предѣловъ государства преступленія противъ него и противъ другихъ его подданныхъ? Даже и тѣ государства, которыя придерживаются территоріяльнаго начала, дѣлаютъ здѣсь нѣкоторыя исключенія. И такъ они признаютъ правило, освященное въ международномъ правѣ: что преступленія, содѣянныя на корабляхъ въ открытомъ морѣ, считаются совершенными въ государствѣ, которому корабль принадлежитъ. Это основано на фикціи, по которой корабли считаются подвижною частію территоріи, военные же корабли — пловучими крѣпостями. Но это собственно должно быть основываемо на томъ, что обязанности подданныхъ въ отношеніи къ ихъ государству сопряжены съ ними неразрывно, не смотря на мѣсто ихъ пребыванія. Здѣсь надобно прибавить, что Англія, хотя она и слѣдуетъ территоріяльному началу, наказываетъ на Востокѣ преступленія своихъ подданныхъ, и что адмиралтейскій судъ въ Лондонѣ судитъ преступленія англійскихъ моряковъ, не смотря на мѣсто совершенія.

60. Согласно указанному понятію о преступленіяхъ, содѣянныхъ за границею, обстоятельство,—направлены ли они противъ своего государства и его подданныхъ, или противъ другаго государства и его подданныхъ, — не имѣетъ рѣшительнаго значенія: ибо главнымъ образомъ дѣло въ томъ, противно ли дѣяніе цѣлямъ государства или нѣтъ. Современныя законодательства обыкновенно наказываютъ преступленія, совершенныя за границей противъ государства или его подданныхъ. Нѣкоторые дѣлаютъ это съ извѣстнымъ ограниче-

Digitized by Google

ніемъ: такъ французское законодательство взыскиваетъ только за преступленія (*crimes*), а пруское за преступленія и проступки (*Verbrechen und Vergehen*). Это сдѣлано по поводу трудностей, съ которыми сопряжено преслѣдованіе преступника въ такихъ случаяхъ. Кромѣ того такія менѣе важныя правонарушенія могутъ быть дозволены въ томъ краѣ, гдѣ они совершены. Въ такихъ случаяхъ безусловное связываніе подданныхъ отечественными законами было бы, какъ говоритъ Люисъ (Lewis, *On foreign jurisdiction...*, London, 1859), набрасываніемъ петли на шею подданныхъ, стѣсняющимъ ихъ свободную дѣятельность за границею. Французское уголовное судопроизводство (art. 5, 7), и по примѣру его прусское уложеніе 1851 (ст. 4), по практическимъ причинамъ, опредѣляютъ притомъ, что въ упомянутомъ случаѣ туземцы *могутъ* быть привлекаемы къ отвѣтственности: ибо починъ зависитъ отъ возможности собрать доказательства, отъ международныхъ отношеній и проч. Французское право не наказываетъ преступленій, совершаемыхъ за границею противъ другаго государства или его подданныхъ; противуположнаго начала придерживаются германскіе кодексы и дѣйствующее законодательство (ст. 174 ул. Имп.; ст. 181 ул. Ц. П.). Государства, слѣдующія территоріяльной системѣ, выдаютъ такихъ преступниковъ. Но вопросъ о выдачѣ преступниковъ принадлежитъ къ уголовному судопроизводству.

61. Изъ вышесказаннаго о томъ, — что государство имѣетъ право наказывать нарушеніе его законовъ за границею, не смотря на то, что и другое государство усматриваетъ въ этомъ же дѣяніи нарушеніе его порядка,— слѣдуетъ, что такъ называемое въ международномъ уголовномъ правѣ *предупрежденіе* (*praeventio*), т. е. прежнее взысканіе другимъ государствомъ, не должно имѣть никакого вліянія на отвѣт-

Digitized by Google

ственность подданнаго за тѣ же дѣянія предъ его собственнымъ государствомъ. Однимъ и тѣмъ же дѣяніемъ мы можемъ нарушить законы двухъ державъ, одной какъ временные, другой какъ постоянные подданные. Если дѣяніе, учиненное за границею, есть преступленіе, то государство должно взыскать за него безусловно. Для государства безразлично какъ смотритъ на это дѣяніе другое государство, въ которомъ оно было совершено. Нарушены ли права государства, и если они нарушены, то какимъ образомъ оно должно противудѣйствовать нарушенію,—рѣшеніе всѣхъ этихъ вопросовъ принадлежитъ исключительно государству и не можетъ подлежать иностранной власти. Отъ этихъ правилъ законодательства отступаютъ въ видахъ полезности: одни изъ нихъ, какъ прусское (§ 4), и баденское 1845 г. (§ 8), освобождаютъ отъ отвѣтственности, если преступникъ наказанъ, помилованъ или окончательнымъ рѣшеніемъ освобожденъ отъ наказанія въ другомъ государствѣ; другіе кодексы предписываютъ примѣнять законы того государства, гдѣ учинено дѣяніе, если эти законы менѣе строги (к. вюртемб. 1839 г., § 5); иные примѣняютъ менѣе строгіе законы въ томъ случаѣ, когда дѣяніе направлено противъ иностранной державы, или ея подданныхъ (улож. Имп. и Ц. П., в. п. м.; ганновер. код. 1840, ст. 2); наконецъ нѣкоторые кодексы (австрій. 1852 г., ст. 36; бавар. 1861 г., ст. 13), вычитаютъ наказаніе, претерпѣнное за границею. Италіянскій кодексъ (ст. 6) и кодексы нѣкоторыхъ германскихъ государствъ слѣдуютъ началу *реторсіи*, т. е. взаимности, такимъ образомъ: италіянскій наказываетъ преступленія подданныхъ, совершенныя за границею противъ иностранцевъ, если иностранное государство наказываетъ своихъ подданныхъ за такое же преступленіе противъ италіянцевъ; нѣкоторые же германскіе кодексы, какъ нпр. бавар. (ст. 14), въ такихъ слу-

Digitized by Google

чаяхъ взыскиваютъ не строже взысканій, налагаемыхъ соотвѣтственнымъ государствомъ на его подданныхъ въ подобныхъ случаяхъ. Такая реторсія не имѣетъ никакой связи съ началами уголовнаго права и основана на внѣшнихъ политическихъ отношеніяхъ.

Исполненіе въ данномъ государствѣ приговоровъ иностранныхъ судовъ, состоявшихся противъ его подданныхъ, было бы оскорбительно для его верховности; поэтому по правилу, общепринятому въ международномъ правѣ, такіе приговоры не имѣютъ никакого значенія. Впрочемъ этотъ вопросъ, на равнѣ съ выдачею преступниковъ, касается судопроизводства.

III. Преступленія иностранцевъ за границею.

62. Согласно нашему воззрѣнію на основаніе наказанія и карательную власть (*н.* 39, 40), государство не имѣетъ права взыскивать, когда иностранецъ совершаетъ преступленіе за границей. Ссылка на то, — что всѣ государства составляютъ одно великое цѣлое, что ко всякому внутри его нарушенію ни одно государство не можетъ быть равнодушно, — есть фикція, ведущая къ признанію всѣхъ людей земнаго шара подданными каждаго государства. Однако жъ, такъ какъ иностранецъ можетъ дѣйствовать за границею во вредъ интересамъ государства, то оно въ видѣ исключенія можетъ въ такихъ случаяхъ опредѣлять наказаніе и иностранцамъ. Но здѣсь вина иностранца несравненно менѣе вины туземца, который нарушаетъ обязанности свои относительно государства. Притомъ было бы несправедливо наказывать иностранца за поступокъ, запрещенный только законами обиженнаго государства, о противозаконности котораго иностранецъ, живя въ другомъ краѣ, могъ не имѣть никакаго понятія. Разсматриваемый нами случай имѣетъ прак-

Digitized by Google

тическое примѣненіе, когда преступникъ выданъ; но очень рѣдко можетъ случиться, чтобъ иностранецъ, совершивъ преступленіе противъ извѣстнаго государства, явился въ его предѣлахъ. Кодексы италіянскій (ст. 8), австрійскій (ст. 38), и дѣйствующее законодательство (ст. 172 ул. Имп.; 179 ул. Ц. П.) въ такомъ случаѣ наказываютъ иностранца. Кодексы французскій (*Code d'instr. crim.*, art. 7) и прусскій (§ 4) опредѣляютъ, что онъ *можетъ* быть преданъ суду. Англія и Сѣверо-Американскіе Штаты, съ нѣкоторыми исключеніями, придерживаются территоріяльнаго начала, и въ этомъ случаѣ не наказываютъ.

Когда преступникъ, совершивъ въ одномъ государствѣ преступленіе противъ другаго, бѣжитъ въ третье; тогда послѣуетъ выдача на основаніи трактатовъ, и даже безъ таковыхъ, если дѣло идетъ о преступленіи, подлежащемъ наказанію по законамъ всѣхъ образованныхъ государствъ. Англія и Сѣверо-Американскіе Штаты не выдаютъ такого преступника, если на это нѣтъ трактата.

Digitized by Google

КНИГА II.

ПРЕСТУПЛЕНІЕ.

ГЛАВА I.

О преступленіи вообще.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Опредѣленіе преступленія.

63. Преступленіе есть *дѣяніе, противное цѣлямъ государства*, и поэтому запрещенное подъ страхомъ наказанія (*н.* 40). *Дѣяніе* вообще есть обнаруженіе воли; слѣдовательно способность совершать дѣянія имѣетъ только тотъ, кто имѣетъ свободную волю. Воля есть способность человѣческаго духа свободно употреблять всѣ другія его силы. Поэтому можно говорить не только о дѣяніяхъ, проявляющихся во внѣшнемъ мірѣ, но и о дѣйствіяхъ внутреннихъ, посредствомъ которыхъ воля возбуждаетъ только дѣятельность душевныхъ силъ. Такимъ образомъ и мысль есть дѣяніе. Но государство не есть чисто идеальное установленіе: его цѣлямъ можетъ противудѣйствовать только то, что обнару-

Digitized by Google

живается въ физическомъ мірѣ; мысли ни полезны, ни вредны для государства. Дѣяніе имѣетъ для него значеніе только тогда, когда воля даетъ движеніе тѣлеснымъ силамъ человѣка. Такія дѣянія воздѣйствуютъ всегда на внѣшній міръ. Нѣтъ дѣянія, слѣдовательно нѣтъ и не можетъ быть преступленія, которое не отразилось бы, не произвело бы вліянія на предметы внѣшняго міра окружающіе виновника, которое не имѣло бы послѣдствія. Каждый чувственный предметъ состоитъ въ соприкосновеніи съ другими. Каждое движеніе одного тѣла вызываетъ движеніе другихъ тѣлъ, или, по крайней мѣрѣ, воздуха, окружающаго это тѣло, какъ напр. въ преступленіяхъ, совершаемыхъ словомъ, въ обидахъ, въ клеветѣ и проч. Послѣдствіе дѣянія, въ особенности же преступнаго дѣянія, можетъ простираться далеко; но бо́льшая часть этихъ послѣдствій не имѣетъ значенія при обсужденіи преступленія. *А* похищаетъ женщину; она на пути, разбитая лошадьми, лишается жизни. *Б* по нерадѣнію своему дозволяетъ бѣжать преступнику *В*, который впослѣдствіи совершаетъ нѣсколько убійствъ. Комисіонера, которому банкиръ ввѣрилъ значительную сумму, грабятъ и убиваютъ; вслѣдствіе того банкиръ дѣлается несостоятельнымъ, а его несостоятельность влечетъ за собою банкротство однихъ и нищету другихъ вѣрителей; нѣкоторые изъ нихъ, принужденные крайностію, совершаютъ преступленія; больная жена комисіонера умираетъ по недостатку попеченія. Всѣ эти отдаленныя послѣдствія, не имѣютъ никакого значенія для понятія разбоя, содѣяннаго на комисіонерѣ. Говоря о послѣдствіи противозаконнаго дѣянія, мы обращаемъ преимущественно вниманіе на ближайшія, непосредственныя послѣдствія (срав. Bekker, *Theorie des deut. Str. Rechts*, Leipz., 1859, § 8).

Digitized by Google

64. Преступленіе есть дѣяніе, *противное цѣлямъ государства. Дѣяніе* можетъ быть *доброе*, *злое* или *безразличное*. Дѣяніе доброе достойно награды; безразличное не имѣетъ никакого значенія. Но къ нашему предмету относится только разсмотрѣніе злыхъ дѣяній. Такія дѣянія должны подлежать наказанію, когда они непосредственно или посредственно касаются государства, когда они противны его цѣлямъ. Этимъ цѣлямъ противно не столько самое дѣяніе, сколько его послѣдствіе, что́ вытекаетъ изъ внѣшняго характера государства. Въ противномъ случаѣ и дѣяніе, не имѣющее никакого послѣдствія, даже самая мысль, были бы преступленіями. Какое же свойство должно имѣть послѣдствіе, чтобъ его нужно было признать противнымъ цѣлямъ государства? Идетъ ли здѣсь дѣло о такомъ послѣдствіи, которое дѣйствительно ставитъ преграду осуществленію этихъ цѣлей, или о такомъ, которое можетъ ставить такую преграду, но не ставить ея по какимъ нибудь причинамъ? Или, иначе говоря, должно ли преступленіе дѣйствительно причинять вредъ? или же слѣдуетъ считать преступленіями и дѣянія опасныя? На эти вопросы отвѣчаетъ положительное законодательство, наказывая покушеніе. Тутъ дѣло идетъ преимущественно о томъ, имѣетъ ли дѣяніе стремленіе, противное цѣлямъ государства, а не о томъ, осуществлено ли это стремленіе. *Дѣянія опасныя* для государства заслуживаютъ равнымъ образомъ наказанія какъ и *дѣянія вредныя*. Въ пользу взысканія за опасныя дѣянія говоритъ и практическій взглядъ: во многихъ случаяхъ не только не возможно опредѣлить степень вреда, причиненнаго государству, но даже и указать, нанесли ли послѣдствія наказанія вредъ или доставили пользу. Трудно опредѣлить все, что́ можетъ вытекать изъ дѣянія, или, что́ случилось бы, еслибъ дѣяніе не совершилось. Но несравненно легче узнать, направлено ли дѣяніе противъ государства, можетъ ли дѣяніе,

Digitized by Google

по существу своему, нарушить интересы государства. Другое основаніе, по которому слѣдуетъ наказывать дѣянія опасныя, важнѣе перваго: государство хочетъ и должно наказывать вину; а равнымъ образомъ виновенъ и тотъ, кто предпринимаетъ опасное дѣяніе, и тотъ, кто дѣйствительно причиняетъ вредъ. Оба они устремляютъ волю свою противъ государства, ибо дѣйствуютъ, сознавая, что дѣяніе ихъ вѣроятно произведетъ вредныя для государства послѣдствія, и, что они никогда не должны употреблять силъ своихъ противъ государства. Еслибъ государство, въ случаѣ возможности опредѣлить границу вредныхъ и опасныхъ дѣяній, наказывало только первыя, то оно примѣненіе наказанія ставило бы въ зависимость отъ случайныхъ обстоятельствъ, не имѣющихъ никакой связи съ волею виновника.

65. До сихъ поръ, говоря о преступленіи, мы разсуждали о немъ какъ о дѣяніи въ обыкновенномъ смыслѣ, т. е. какъ о *дѣяніи положительномъ*, состоящемъ въ дѣйствительномъ содѣяніи, въ произведеніи движеніями перемѣны во внѣшнемъ мірѣ. Но дѣйствіе, слѣдовательно и преступленіе можетъ быть *отрицательное*, т. е. состоять въ недѣяніи, въ неисполненіи предписаннаго закономъ. Мы уже сказали выше, что лицо обязано не только не дѣлать того, что противно государству, но и исполнять то, чего оно требуетъ (*н.* 39). Оно не могло бы достигнуть своихъ цѣлей, еслибъ ограничивалось только требованіемъ, чтобъ члены не противудѣйствовали ему. Оно нуждается еще въ содѣйствіи подданныхъ, для достиженія этихъ цѣлей. Поэтому оно опредѣляетъ не только тѣ перемѣны во внѣшнемъ мірѣ, которыхъ не должно производить, но и тѣ послѣдствія, которыхъ содѣяніе по мѣрѣ обстоятельствъ, составляетъ обязанность подданныхъ. Такимъ образомъ законы уголовные могутъ быть *повелительные*

Digitized by Google

или *воспретительные*, которымъ соотвѣтствуютъ *преступныя содѣянія* (d. comissionis) и *преступныя упущенія* (d. ommisionis). Въ содѣяніяхъ идея преступленія выражается полнѣе и всестороннѣе; они многочисленнѣе и по большей части важнѣе; упущенія же составляютъ исключеніе. Поэтому мы въ дальнѣйшемъ изложеніи будемъ преимущественно имѣть въ виду дѣянія перваго рода. Слѣдовательно не безполезно будетъ обратить здѣсь вниманіе на существо упущеній.

66. Противозаконное послѣдствіе дѣянія можетъ быть вмѣнено только тому, въ дѣяніи котораго лежитъ причина этого послѣдствія. Недѣйствованіе, т. е. отрицательное дѣяніе, само по себѣ не можетъ быть такою причиною. Обыкновенно причинная связь упущенія съ послѣдствіемъ происходитъ такимъ образомъ, что упущеніе соединяется съ предъидущимъ положительнымъ дѣяніемъ и совокупно съ нимъ вызываетъ преступный результатъ, напр. я зажигаю мину (содѣяніе), и не предостерегаю стоящаго въ близи человѣка (упущеніе), и онъ погибаетъ.

67. Отрицательныя дѣянія могутъ быть двоякаго рода: или такія, въ которыхъ упущеніе служитъ средствомъ для произведенія противозаконнаго результата, или такія, которыя состоятъ въ непроизведеніи такого результата, который виновникъ долженъ былъ совершить, но не совершилъ, хотя безъ намѣренія произвести вредное послѣдствіе. Въ послѣднемъ случаѣ существуетъ упущеніе въ тѣсномъ смыслѣ, напр. невыставленіе сигналовъ смотрителемъ желѣзной дороги въ случаѣ важнаго поврежденія оной, недонесеніе о умышляемомъ преступленіи, и проч. Въ первомъ же случаѣ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, существуетъ видъ преступнаго содѣянія (*delictum per omissionem commissum*) напр. когда мать съ намѣреніемъ

Digitized by Google

лишить ребенка жизни не кормитъ его, или новорожденному не завяжетъ пуповины; когда стражъ не даетъ пищи заключенному въ уединенномъ мѣстѣ, и тотъ умретъ. Но съ другой стороны, такъ какъ здѣсь послѣднее звѣно преступленія состоитъ въ противозаконномъ *бездѣйствіи*, то можно случаи этого рода отнести къ упущеніямъ.

68. Упущенія въ тѣсномъ смыслѣ состоятъ: во 1) въ неисполненіи того, что въ виду общей безопасности прямо предписано закономъ (какъ напр. неочищеніе трубъ само по себѣ, или соединенное съ причиненіемъ пожара; недонесеніе о умышляемомъ преступленіи); или 2) упущенія становятся преступленіями потому, что виновникъ принялъ на себя обязанность предупредить зло, т. е. совершить извѣстное дѣяніе (напр. если дорожный сторожъ во время приближенія поѣзда не передвинетъ рельсовъ; если кто вопреки обѣщанію откажется помочь уставшему пловцу); или же въ 3) упущенія преступны потому, что обязанность предупреждать зло истекаетъ изъ дѣянія виновника, напр. когда кто, отперевъ шлюзу пруда, не запретъ ея, и этимъ произведетъ наводненіе; когда кучеръ во время скорой ѣзды не удержитъ лошадей и этимъ лишитъ кого жизни (срав. Krug, *Abhandl.*, Leipz. 1861, стр. 39; Таганцевъ, О прест. пр. жизни, стр. 219, и слѣд.).

69. Упущеніе можетъ имѣть вспомогательное значеніе въ нѣкоторыхъ положительныхъ дѣяніяхъ. Такъ напр. присвоеніе ввѣренной чужой собственности и незаконное задержаніе кого либо считаются совершенными со времени похищенія, овладѣнія чужою вещію и лишенія другаго свободы; но составъ этихъ преступленій исчерпывается вполнѣ посредствомъ упущенія, т. е. невозвращеніемъ вещи или нео-

Digitized by Google

свобожденіемъ лица. Еслибъ кто взялъ чужую вещь и въ сію минуту ее отдалъ, еслибъ кто заперъ другаго на минуту; то преступное намѣреніе не было бы серіозно обнаружено: для этого нужно продолженіе того положенія, которое вызвано виновнымъ. Противозаконность состоитъ здѣсь преимущественно въ упущеніи.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Понятія сродныя съ преступленіемъ.

Наказуемое дѣяніе.

70. Сказанное нами до сихъ поръ о преступленіи не отличаетъ его отъ наказуемыхъ дѣяній, т. е. такихъ, которыя хотя заслуживаютъ наказанія, но однако остаются безъ наказанія. Отъ наказуемыхъ дѣяній преступленіе отличается тѣмъ, что оно запрещено подъ страхомъ наказанія (*н.* 40). Выдѣленіе преступленій изъ массы наказуемыхъ дѣяній составляетъ задачу положительнаго законодательства. Поэтому границы этихъ сродныхъ понятій въ разное время и въ разныхъ государствахъ были различно опредѣляемы, смотря по направленію развитія законодательства. Эти границы не произвольны: онѣ основаны на извѣстныхъ разумныхъ началахъ.

71. Непризнаніе за нѣкоторыми наказуемыми дѣяніями характера преступленій можетъ происходить во первыхъ отъ того, что законодатель не знаетъ о существованіи такихъ дѣяній, и что онъ не можетъ предвидѣть возможныхъ въ будущемъ преступленій. Кромѣ того государство можетъ

Digitized by Google

предвидѣть нѣкоторыя дѣянія или знать объ нихъ, и, не смотря на то, не считать ихъ преступленіями потому, что полагаетъ болѣе соотвѣтственнымъ не примѣнять къ нимъ наказанія. Государство призвано осуществить нравственный порядокъ во внѣшнемъ мірѣ; но оно не должно забывать, что оно погрѣшимо на равнѣ со своими членами, что его средства, его силы, не достаточны для точнаго исполненія всѣхъ его обязанностей. Оно должно стремиться къ дѣйствительно возможному, и лучше исполнитъ свою задачу, если въ такихъ предѣлахъ удовлетворитъ своимъ обязанностямъ. Поэтому оно должно отказаться отъ осуществленія нѣкоторыхъ идеальныхъ обязанностей, лишьбы достигнуть болѣе существенныхъ цѣлей.

79. Каждое примѣненіе кары поглощаетъ извѣстную часть силъ, которая могла бы быть съ пользою употреблена для другихъ цѣлей. Органы преслѣдованія преступленій могутъ дѣйствовать и быть полезны другимъ образомъ. Часто также наказаніе лишаетъ государство силъ наказаннаго лица временно или на всегда. Зло, причиненное единицѣ, отражается и на государствѣ, въ которомъ она живетъ: когда страдаетъ часть, тогда страдаетъ и цѣлое. Силы государства не неисчерпаемы. Изъ двухъ золъ оно должно избрать меньшее: или не исполнять обязанности наказывать, или дѣйствовать во вредъ своимъ другимъ обязанностямъ, лишая себя силъ, необходимыхъ для ихъ исполненія. Государство не есть исключительно уголовное учрежденіе; и по этому оно не можетъ посвящать всѣхъ своихъ силъ этой одной задачѣ. Для того оно въ виду общественной пользы не наказываетъ множества мелкихъ наказуемыхъ дѣяній, взысканіе за которыя менѣе принесло бы пользы, чѣмъ сколько бы оно стоило. Иногда, не смотря на важность правонарушенія, государство не

Digitized by Google

наказываетъ по другимъ соображеніямъ уголовной политики, напр. въ изнасилованіи, если обиженная не подала жалобы.

Дѣянія противныя нравственности и религіи.

73. Какое отношеніе между преступленіемъ и нравственною виною, грѣхомъ? Объемъ понятія нравственной вины гораздо обширнѣе въ сравненіи съ объемомъ понятія преступленія. Нравственною виною считается все, что́ противно голосу совѣсти; преступленіемъ же — только то, что́ противно государству и запрещено подъ угрозою наказанія. Мысли находятся внѣ сферы преступленія; тоже самое относится къ дѣяніямъ, которыхъ послѣдствія не касаются государства. Еслибъ государство было идеально совершенно, то можно бы сказать, что преступленія составляютъ только часть сферы безнравственныхъ дѣяній, внѣ которой преступленіе не существуетъ. Тогда всякое неповиновеніе воли государства было бы вмѣстѣ съ тѣмъ безнравственнымъ дѣяніемъ. Государство призвано осуществить великія задачи человѣчества; въ немъ только единица можетъ стремиться къ осуществленію своихъ этическихъ цѣлей. Потому всякое неповиновеніе воли государства, по существу своему, составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ нарушеніе закона нравственнаго, даже и тогда, когда государство запрещаетъ дѣянія, нравственно безразличныя и по видимому ему не противныя. Но государство, равно какъ и единицы, которыхъ оно представитель,—погрѣшимо; слѣдовательно оно можетъ ошибаться и требовать дѣяній, противныхъ нравственности, или запрещать дѣянія нравственныя. Въ такомъ случаѣ государство сходитъ съ пути нравственности, дѣйствуетъ вопреки своему существу.

Digitized by Google

74. Между преступленіями противъ религіи или нравственности и нарушеніями въ отношеніи тѣхъ же предметовъ, неподлежащими взысканію, нельзя теоретически опредѣлить границу. Вообще можно сказать, что чѣмъ ниже уровень просвѣщенія въ государствѣ, тѣмъ эта граница менѣе осязательна. Въ первобытномъ состояніи цивилизаціи все, что́ противно религіи и нравственности, считается преступленіемъ. Но и высоко цивилизованное государство не можетъ совершенно хладнокровно смотрѣть на дѣянія, оскорбляющія религію и нравственность, на которыхъ покоится его бытъ. Чѣмъ болѣе государство стремится освободиться отъ преобладанія церкви, отдѣлиться отъ нея или поглотить ее, тѣмъ болѣе стѣсняется кругъ преступленій противъ религіи и нравственности. Совершенное отдѣленіе государства и церкви, или поглощеніе послѣдней государствомъ, точно также невозможно, какъ существованіе государства безъ религіи и нравственности единицъ. Поэтому и при самомъ высшемъ развитіи государства невозможно обойтись безъ наказаній за дѣянія, противныя нравственности и религіи, преимущественно же если они соединены съ публичнымъ соблазномъ.

Гражданская неправда.

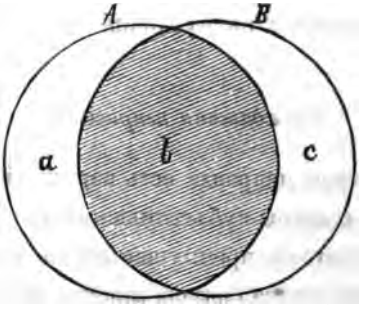
75. Гражданская неправда есть нарушеніе права въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. права субъективнаго или служащаго данному лицу, и притомъ преимущественно права вещнаго. Съ понятіемъ этого права связана защита, которую государство оказываетъ противъ нарушителя пользованія этимъ правомъ. Существо гражданской неправды не требуетъ необходимо злой воли и сознанія для совершенія этоіі неправды. Владѣющій добросовѣстно чужою собственностію, сумасшедшій не платящій своихъ долговъ, господинъ, котораго слу-

Digitized by Google

га или животное причинитъ вредъ, — будутъ принуждены государствомъ возстановить право, нарушенное ими или лицами и животными, состоящими подъ ихъ властію. Изъ этого слѣдуетъ, что сфера гражданской неправды иногда простирается за предѣлы сферы преступленія, наказуемаго дѣянія и даже нравственной вины. Съ другой стороны, преступленіе и наказуемое дѣяніе не всегда сопряжены съ нарушеніемъ правъ частнаго лица т. е. съ гражданскою неправдою. Однако жъ по большей части сфера преступленія и наказуемаго дѣянія совпадаютъ со сферою гражданской неправды [1]). Гражданская неправда становится наказуемою, когда виновникъ дѣйствовалъ свободно и съ сознаніемъ противозаконности дѣянія, или когда неполное сознаніе, или несознаніе этой противозаконности происходитъ отъ пре-

---

[1]) Такое отношеніе между гражданскою неправдою и наказуемымъ дѣяніемъ, можно изобразить двумя пересѣкающимися кругами.



Кругъ *A* означаетъ сферу гражданской неправды, *B* — сферу наказуемаго дѣянія. Пространство *b*, общее обѣимъ сферамъ, означаетъ умышленное и неумышленное нарушеніе правъ другаго лица; *a* — неумышленное и не неосторожное нарушеніе такихъ же правъ; *c* — умышленное нарушеніе общественнаго порядка или правъ государства.

Digitized by Google

ступной безпечности или неосмотрительности (*н.* 167, 168). Если законъ оставляетъ безъ наказанія много наказуемыхъ дѣяній, то тѣмъ болѣе это должно имѣть примѣненіе къ гражданской неправдѣ, содѣянной неумышленно, по небрежности, т. е. безъ намѣренія нарушить право другаго лица. Что же касается гражданской неправды, содѣянной умышленно, она всегда наказуема. Но государство наказываетъ не все то, что́ наказуемо. Обозначеніе предѣловъ въ этомъ отношеніи зависитъ отъ воззрѣнія государства на полезное. Попытки положить общее для этого начало оказались безуспѣшными [1]). И въ законодательствахъ эти предѣлы не осязательны, напр. между гражданскимъ и уголовнымъ обманомъ.

---

[1]) Всѣ теоріи по этому вопросу можно свести къ двумъ главнымъ: къ *объективной* и *субъективной*. Объективная усматриваетъ различіе между гражданскою неправдою и преступленіемъ въ томъ, что первая нарушаетъ только субъективное право потерпѣвшаго, между тѣмъ какъ преступленіе направлено противъ общественнаго порядка. По субъективной теоріи различіе состоитъ въ устремленіи воли такимъ образомъ, что гражданская неправда есть нежелаемое, преступленіе же — желаемое правонарушеніе (невмѣняемое и вмѣняемое правонарушеніе, или умышленное и неумышленное по другимъ авторамъ). Heyssler (*Das Civilunrecht*, Wien, 1870, стр. 15 и слѣд.) старается примирить противуположныя направленія въ своей эклектической теоріи. По этой теоріи отличительная черта гражданской неправды состоитъ въ фактическомъ нарушеніи фактическаго овеществленія права; между тѣмъ какъ существо преступленія состоитъ не во внѣшнемъ, а во внутреннемъ моментѣ: дѣяніе относится къ волѣ какъ своей причинѣ и вмѣняется ей въ вину. Новѣйшія изслѣдованія Бара (*Grundlagen des Strafrechts*, Leipz. 1869) и Меркеля (*Kriminalist. Abhandl.*, Leipz. 1867, I Heft) нисколько не подвинули вопроса. Баръ (стр. 40), приближаясь къ субъективной теоріи, полагаетъ: что гражданское право не заботится о волѣ дѣйствующаго, уголовное же направлено противъ безнравственныхъ дѣя-

Digitized by Google

Полицейскій проступокъ.

76. Изъ сказаннаго до сихъ поръ уже видно, что нѣтъ существенной разницы между преступленіемъ и проступкомъ. Ошибочность полагаемаго нѣкоторыми теоретическаго различія указана Геффтеромъ (*Lehrb. des deut. Cr. Rechts*, Braunschw. 1857, § 31), преимущественно же Беккеромъ (*Theorie*, § 11). Фейербахъ (*Lehrb. des peinl. Rechts*, Giessen, 1847, § 22) усматриваетъ основаніе различія въ томъ, что независимо отъ заявленія государства, оно и его подданные имѣютъ *первобытныя права*, которыхъ нарушеніе составляетъ преступленіе въ тѣсномъ смыслѣ; неповиновеніе же предписаніямъ государства есть проступокъ. Но эти первобытныя права никѣмъ не указаны. Что же касается того, нарушаетъ ли преступленіе права другаго (физическаго или юридическаго) лица, это не имѣетъ вліянія на существо преступленія и важно только по отношенію къ гражданскимъ послѣдствіямъ преступленія. Кестлинъ (*System d. Strafr.*, Tübing., 1855, § 2) главнымъ образомъ основывается на томъ, что проступокъ есть только *возможность* правонарушенія, преступленіе же есть *дѣйствительное* правонарушеніе, или иначе говоря: преступленіе есть дѣяніе вредное, проступокъ же дѣяніе опасное для государства. Несущественность такого различія указана нами выше (*н.* 64). По воззрѣнію Шталя (*Philos d. Rechts*, Heidelb., 1856, II, стр. 693) и Гельшнера (*System des preus. Strafr.*, Bonn, 1858, § 1) проступокъ есть только *относительное правонарушеніе*, ибо оно на-

---

ній. Меркель (стр. 59, 63) говоритъ, что обѣ указанныя формы правонарушенія по существу своему тождественны, и что уголовное принужденіе имѣетъ второстепенное значеніе.

Digitized by Google

правлено не на общественный порядокъ, а исключительно на законы, для охраненія его установленные; преступленіе же въ тѣсномъ смыслѣ есть *безусловное правонарушеніе*, т. е. нарушеніе законнаго порядка въ его существѣ. На этомъ воззрѣніи, котораго придерживаются Толомеи (*Diritto penale*, Padova, 1866, § 162), и Тиссо (*Droit pénal*, Paris, 1860, II, 179), основано опредѣленіе преступленія и проступка въ уголовныхъ уложеніяхъ 1845 и 1847 г. Это различіе опирается на той мысли, что государство извѣстныя дѣянія *должно* подвергать наказанію, другія же оно подвергать *можетъ*, хотя не вынуждается къ этому внутреннею необходимостію. Но если государство воспрещаетъ извѣстное дѣяніе, то тогда уже исчезаетъ это первоначальное различіе и не можетъ болѣе служить мѣриломъ, для обозначенія предѣловъ между преступленіемъ и проступкомъ. Однако жъ и это первоначальное различіе неосновательно: нѣтъ дѣяній, которыя государство могло бы равнымъ образомъ наказывать или не наказывать. Не смотря на обязанность взыскивать, государство можетъ по мѣрѣ обстоятельствъ не исполнить этой обязанности и не наказывать. Но если государство подвергаетъ извѣстное дѣяніе наказанію, то оно дѣлаетъ это по внутренней необходимости, а не произвольно; оно дѣлаетъ это потому, что по его убѣжденію оно въ противномъ случаѣ не моглобы исполнить свою задачу,—вести общество по пути къ достиженію физическаго и нравственнаго благосостоянія индивидовъ. Giuliani (*Istituzioni di diritto crim.*, Macerata, 1856, II, 10) и Carmignani (*Elementi del dir. crim.*, Napoli, 1854, § 153) раздѣляютъ противозаконныя дѣянія на преступленія и проступки, по мѣрѣ того, нарушаютъ ли они *безопасность* или *благосостояніе* общества. Еслибъ даже это различіе было примѣнимо, — хотя это не возможно, по причинѣ тѣсной взаимной связи этихъ понятій, — то

Digitized by Google

различіе это, согласно нашему воззрѣнію на преступленіе (*п.* 40, 64), не было бы существеннымъ.

77. Понятіе преступленія и проступка не философское, а историческое и положительное. Понятіе полицейскаго проступка (*contravention*, *Uebertretung*), хотя его теоретически опредѣлить нельзя, въ виду практической пользы введено въ уголовные кодексы. Французское законодательство раздѣляетъ противозаконныя дѣянія на *crimes*, *delits et contravention*, т. е. на преступленія, проступки и полицейскія нарушенія, сообразно извѣстной величинѣ наказанія. Это дѣленіе принято баварскимъ, прусскимъ, испанскимъ, италіянскимъ и ольденбургскимъ кодексами. Подобное дѣленіе существуетъ и въ австрійскомъ кодексѣ. Польза такого дѣленія очевидна при опредѣленіи судебныхъ инстанцій, или при предоставленіи взыскиванія за менѣе важныя нарушенія несудебнымъ органамъ государственной власти. Такое дѣленіе Бернеръ (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipz., 1863, § 74) и Ортоланъ (*Elém. de droit pénal*, Paris, 1863, n° 660, 661) оправдываютъ тѣмъ, что проступки имѣютъ мѣстный характеръ, какъ нарушеніе законнаго порядка въ извѣстной мѣстности. Но такой характеръ имѣютъ и многія преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Составъ преступленія.

78. Отдѣливъ понятіе преступленія отъ чуждыхъ ему элементовъ, мы должны вдуматься въ составъ, въ существо преступленія, т. е. въ необходимыя его условія. Нѣко-

Digitized by Google

торые, разсуждая объ этомъ предметѣ, разсматриваютъ преступленіе по отношенію къ лицу (субъекту), предмету, средствамъ дѣянія и самому дѣянію. Мы послѣдуемъ болѣе простому дѣленію. Преступное дѣяніе на равнѣ съ дѣяніемъ вообще имѣетъ *двѣ стороны*, духовную и матеріяльную т. е. *внутреннюю* и *внѣшнюю*. Внутренняя сторона каждаго дѣянія имѣетъ два существенныя условія, *волю* и *знаніе;* внѣшняя же сторона — *дѣяніе* и *послѣдствіе*. Для изученія этихъ условій мы прослѣдимъ развитіе или исторію преступленія, начиная съ его зародыша въ мысли до окончательнаго проявленія въ послѣдствіи. Судопроизводство слѣдитъ ходъ преступленія въ обратномъ порядкѣ, т. е. начинаетъ съ дѣйствительности, и послѣ переходитъ во внутреннюю сферу: сначала разсматриваетъ внѣшніе слѣды дѣянія, а потомъ связь его съ волею преступника.

79. Названіе *corpus delicti*, которому соотвѣтствуетъ терминъ *составъ преступленія*, употреблялось до второй половины XVIII столѣтія въ процесуальномъ значеніи. Первоначально оно означало тѣло убитаго; послѣ же—собраніе внѣшнихъ матеріальныхъ слѣдовъ преступленія (напр. въ кражѣ со взломомъ — поврежденіе дверей и оконъ, поддѣльные ключи и другія орудія, оставленныя виновными, слѣды колесъ повозки, на которой они пріѣхали); потомъ — собраніе всякаго рода уликъ, свидѣтельствующихъ о совершеніи преступленія (напр. показаніе ограбленнаго и свидѣтелей и проч.). Съ конца XVIII вѣка, рядомъ съ процесуальнымъ образовалось въ Германіи и чисто уголовное понятіе *corpus delicti (Thatbestand des Verbrechens)* въ смыслѣ существенныхъ условій т. е. состава преступленія.

80. Нѣмецкіе ученые ввели различныя дѣленія *состава преступленія*, въ смыслѣ чисто уголовномъ. Этотъ со-

Digitized by Google

ставъ можетъ быть *общій* или *особенный*. Первый заключаетъ въ себѣ черты, общія всѣмъ преступленіямъ, безъ которыхъ никакое преступленіе не мыслимо. Особенный составъ преступленія состоитъ изъ условій, свойственныхъ данному преступленію и отличающихъ оное отъ другихъ. Оба эти понятія—отвлеченны, ибо въ дѣйствительности они воплощаются въ одинъ данный фактъ. Отличаютъ еще *особенный составъ юридическій* и *фактическій*. Первый состоитъ изъ тѣхъ необходимыхъ чертъ даннаго преступленія, которыхъ наличность или отсутствіе даетъ дѣянію или отнимаетъ у него характеръ того или другаго преступленія; фактическій составъ состоитъ изъ тѣхъ измѣнчивыхъ, несущественныхъ чертъ, которыя, составляя физіономію даннаго случая, могутъ быть замѣнены другими безъ нарушенія юридическаго существа преступленія. Положимъ что *А* переломилъ *В* руку палкою. Юридическій составъ преступленія состоитъ здѣсь въ нанесеніи неизлечимаго увѣчья. Что переломлена рука а не нога, или что не выколотъ глазъ; что увѣчье причинено палкой, а не желѣзомъ; что дѣяніе совершено въ комнатѣ, а не на улицѣ, или въ саду: всѣ эти обстоятельства не имѣютъ никакого вліянія на юридическій характеръ преступленія и принадлежатъ къ его фактическому составу.

81. Раздѣленіе состава преступленія на *субъективный* и *объективный* соотвѣтствуетъ нашему воззрѣнію, ибо основывается на различіи внутренней и внѣйшней стороны преступленія. На каждой изъ этихъ сторонъ находятся существенныя условія преступленія. Внутренняя сторона есть душа внѣшней, — сѣмя, изъ котораго развивается послѣдняя. Первая заключаетъ въ себѣ то, что́ таинственно происходитъ въ глубинѣ души виновника, что́ недоступно на-

Digitized by Google

шимъ чувствамъ; вторая—движенія тѣла, дѣйствія внѣшнія и ихъ послѣдствія. Понятіе соотношенія обѣихъ этихъ сторонъ состоитъ въ связи съ самыми важными вопросами уголовнаго права: что́ и какъ должно наказывать? Это соотношеніе равнымъ образомъ какъ и эти вопросы были различно понимаемы. Если уголовное право должно служить только полезному, то тогда слѣдуетъ дать перевѣсъ внѣшней сторонѣ. Напротивъ того если задача уголовнаго права состоитъ въ осуществленіи справедливости, то тогда перевѣсъ будетъ на внутренней сторонѣ. Первый изъ этихъ двухъ взглядовъ составляетъ отличительную черту относительныхъ теорій (за исключеніемъ теорій исправленія преступника), второй—теорій абсолютныхъ. Оба эти воззрѣнія односторонни. Когда уголовное право составляло часть гражданскаго или частнаго права, когда преступленіе означало обиду или вредъ, причиненный индивиду; въ это время исключительно или преимущественно, при опредѣленіи виновности, обращали вниманіе на внѣшнюю сторону (объективное воззрѣніе). Съ установленіемъ понятія, что преступленіе есть нарушеніе порядка въ государствѣ, болѣе и болѣе стало выдвигаться наружу воззрѣніе субъективное; и тогда начали болѣе обращать вниманіе на внутреннюю сторону преступленія.

Digitized by Google

ГЛАВА II.

Внутренняя сторона преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Субъектъ преступленія.

Кто можетъ совершить преступленіе?

82. Изъ понятія преступленія какъ *дѣянія*, какъ *дѣйствія*, вытекаетъ, что оно можетъ быть совершено только человѣкомъ: ибо дѣяніе есть обнаруженіе свободной воли, которая составляетъ исключительную принадлежность человѣка. Ея не имѣютъ какъ одушевленныя такъ и неодушевленныя созданія природы. Иначе это понимали въ древности и въ средніе вѣка. Древнее аѳинское право знало уголовныя дѣла противъ неодушевленныхъ предметовъ, которые случайно нанесли смерть человѣку. Платонъ (*De legg. IX*) въ такомъ случаѣ повелѣваетъ родственнику умершаго, оправдавшись предъ сосѣдями, выбросить вещь за предѣлы государства, исключая того случая, когда предметомъ, поразившимъ человѣка, былъ громъ или другой ударъ, брошенный рукою божества. Что касается законовъ относительно *отвѣтственности животныхъ*, то здѣсь можно принять три періода. Во время *перваго періода* человѣкъ, еще мало развитый, приписывалъ животнымъ разумъ, вчиналъ противъ нихъ иски и су-

Digitized by Google

дилъ ихъ какъ преступниковъ. Это мы находимъ у Зороастра и въ средніе вѣка (см. тексты у Гейба, *Lehrb. des deut. Str. Rechts.*, Leipzig, 1862, II, 197). Сюда должно тоже отнести прикалачиваніе ястребовъ къ стѣнамъ домовъ, что народъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ считаетъ мѣрою устрашенія. Во *второмъ періодѣ*, хотя законодатель не считаетъ животныхъ личностію, но преслѣдуетъ ихъ символически. Таковъ законъ моисеевъ, по которому волъ, прободавшій рогомъ человѣка, долженъ быть побитъ камнями. Подобное правило находимъ въ каноническомъ правѣ католической церкви (*Mulier, quae accesserit ad omne pecus, et vult ascendi ab eo, interficietis mulierem et pecus.*" *Can. 4, caus. 15, qu. 1*). Въ *третьемъ періодѣ* господинъ можетъ освободиться отъ отвѣтственности за вредъ, причиненный его животнымъ или рабомъ, если ихъ отдастъ потерпѣвшему убытокъ. Таково правило римскаго права (*Inst.* IV, 8, § 2). Это уже составляетъ переходъ къ новѣйшимъ законодательствамъ, которыя не считаютъ несправедливымъ привлекать къ гражданской отвѣтственности господина за вредъ, причиненный животнымъ, хотя и превышающій цѣнность самаго животнаго.

83. Преступленіе можетъ быть совершено только физическимъ, но не юридическимъ лицомъ. Корпораціи, общины и другія юридическія лица суть фикціи, неимѣющія дѣйствительнаго бытія; дѣйствительная личность — лишь въ единицѣ. Только представители этихъ нравственныхъ лицъ, ихъ члены, могутъ хотѣть и дѣйствовать. Мнимое преступленіе юридическаго лица есть по существу своему преступленіе тѣхъ изъ его членовъ, которые участвовали въ совершеніи. Еслибъ даже всѣ члены принимали участіе, въ преступленіи, то и въ этомъ случаѣ отвѣтственность падала бы на каждаго члена порознь, а не на всѣхъ какъ на

Digitized by Google

собирательное лицо. Уголовное принужденіе не можетъ быть направлено на фиктивную волю. Эта фиктивная воля юридическаго лица имѣетъ опредѣленный кругъ дѣйствія; каждая корпорація, каждое товарищество существуетъ для опредѣленной цѣли. Члены, превышающіе предѣлы дѣятельности товарищества, дѣйствуютъ не какъ корпорація, не какъ юридическое, а какъ единичное лицо, принимающее участіе въ противозаконномъ дѣяніи. Фикція корпоративной личности принята для извѣстныхъ гражданскихъ отношеній. Допущеніе въ древнемъ германскомъ правѣ возможности совершенія преступленія юридическимъ лицомъ произошло отъ примѣненія принциповъ гражданскаго права къ уголовному, вслѣдствіе ложнаго пониманія свойственныхъ уголовному праву началъ отвѣтственности.

Воля и сознаніе.

84. Преступное дѣяніе есть обнаруженіе воли; къ этому способенъ только тотъ, кто имѣетъ свободную волю. Изъ такого понятія преступленія видно, что не каждый человѣкъ можетъ совершить преступленіе и вмѣстѣ съ тѣмъ подлежать уголовной отвѣтственности. Здѣсь не мѣсто разсуждать о томъ, имѣетъ ли человѣкъ свободную волю или нѣтъ, и оцѣнивать теоріи матеріалистовъ, сенсуалистовъ, детерминистовъ и предестинатовъ, отрицающихъ ея существованіе. Этотъ вопросъ принадлежитъ къ философіи вообще, преимущественно же къ этикѣ. Свобода, какъ способность отрѣшиться отъ вліянія чувственности и подчинить дѣянія свои идеѣ добра, есть необходимое условіе права. Составляетъ ли свобода нѣчто основное и вмѣстѣ съ тѣмъ исходную точку для этики? Или же слѣдуетъ предполагать ее, чтобъ дать силу и значеніе нравственному закону? Присуща ли она чело-

Digitized by Google

вѣческому духу? Всѣ эти вопросы безразличны для юриста, для котораго вмѣстѣ со свободою исчезло бы понятіе закона и наказанія, для котораго разумная свобода составляетъ основаніе уголовнаго права. Для насъ довольно согласиться въ томъ, что еслибъ человѣкъ не имѣлъ свободной воли, то онъ не имѣлъ бы объ ней внутренняго сознанія, не чувствовалъ бы угрызеній совѣсти въ случаѣ содѣянія зла, не отвѣтствовалъ бы за свои дѣйствія, не отличался бы отъ животнаго.

85. Животное имѣетъ тоже физическія и умственныя силы, надъ которыми господствуетъ его воля; но оно не имѣетъ свободы воли, на которой основана отвѣтственность человѣка. Эта свобода воли истекаетъ изъ разума. Разумъ есть способность духа, которая, возвышаясь надъ знаніемъ частностей, обнимаетъ ихъ взаимное соотношеніе и раскрываетъ общія понятія или правила. Посредствомъ этихъ общихъ понятій, человѣкъ пріобрѣтаетъ свободу выбора и возможность противуборствовать внѣшнему вліянію. Разумъ освобождаетъ насъ отъ такого вліянія и дѣлаетъ человѣка самостоятельнымъ творцемъ его дѣйствій. Если человѣкъ подвергается внѣшнимъ вліяніямъ, значитъ, что онъ обдуманно покорился имъ, т. е. что имъ руководитъ не внѣшняя сила, но рѣшимость его воли.

86. Дѣяніе человѣка проявляется въ извѣстномъ послѣдствіи, т. е. отражается во внѣшнемъ мірѣ; движеніе, данное одному предмету, можетъ воздѣйствовать и на другой, и такъ далѣе до безконечности. Однако жъ это воздѣйствіе можетъ быть на столько вмѣнено человѣку, на сколько оно есть дѣло его воли. Въ идеѣ свободной воли лежитъ

Digitized by Google

возможность выбора. Эта возможность выбора существуетъ тогда, когда выбирающій знаетъ что выбираетъ. Свобода дѣйствованія неразрывно связана съ *сознаніемъ*. О чемъ кто не знаетъ, чего кто не предвидѣлъ, того не могъ хотѣть, на то не могъ рѣшиться. Вина простирается такъ далеко какъ и предвидѣніе. Кто ударяетъ другаго по рукѣ, не зная, что тотъ держитъ стекляный сосудъ, наполненный воспламеняющимся веществомъ, не можетъ быть признанъ убійцею, если вслѣдствіе того пораженный лишится жизни. Если мы говоримъ, что кто либо хотѣлъ сдѣлать то-то, т. е. что онъ хотѣлъ извѣстнаго послѣдствія своего дѣянія, то это значитъ, что онъ предвидѣлъ это послѣдствіе и желалъ его осуществленія.

87. *Предвидѣніе* должно быть *разумное*, т. е. такое, которое понимаетъ значеніе желаемаго послѣдствія; только при этомъ условіи дѣяніе будетъ истеченіемъ истинно свободной воли и полнаго сознанія. Кто хотя и предвидитъ послѣдствія своего дѣянія, но не въ состояніи понять ихъ значеніе по отношенію къ закону, или кто не понимаетъ, что дѣяніе его противузаконно, тотъ своей воли не противуставитъ воли общественной, тотъ не употребляетъ свою свободу во зло и не можетъ подлежать отвѣтственности. Можно ли наказывать сумасшедшаго, который, зарѣзывая спящаго, сознаетъ, что лишаетъ его жизни, но не постигаетъ преступности своего дѣянія. Въ Англіи въ прошедшемъ столѣтіи приговорены были за убійство къ повѣшенію два мальчика, не достигшіе 10-лѣтняго возраста, на томъ основаніи, что одинъ изъ нихъ бѣжалъ послѣ убійства, другой же зарылъ въ землю убитаго. Рефлексія, вызванная страхомъ послѣ совершенія дѣянія, не есть еще доказательство того, что правовое значеніе дѣянія было надлежащимъ образомъ понято въ минуту соверше-

Digitized by Google

нія [1]). И такъ мы убѣждаемся въ тѣсной связи между волею и разумомъ по отношенію ихъ къ преступному дѣйствію. Очевидно, что внутренняя связь между дѣйствующимъ лицомъ и послѣдствіемъ дѣянія состоитъ въ преднамѣреніи и предвидѣніи. Такимъ образомъ теперь мы можемъ сказать: что для вмѣненія лицу его дѣянія необходимо, не только чтобъ оно хотѣло извѣстнаго дѣянія, но чтобы и разумно его предвидѣло; что для того, чтобъ быть способнымъ къ совершенію преступленія, необходимы, не только свободная воля, но и сознаніе, предвидящее послѣдствія дѣянія. Вотъ два внутренніе элемента, два существенныя внутреннія условія преступленія,—воля и сознаніе.

88. Нѣкоторые полагаютъ существеннымъ внутреннимъ условіемъ только свободу т. е. свободную волю, другіе — только сознаніе. Воззрѣніе первыхъ не отличается въ сущности отъ нашего: они въ словѣ свобода заключаютъ и сознаніе. Хотя свободная воля почти не возможна безъ сознанія, однако жъ нельзя указывать на свободу какъ на единственное условіе преступленія. Свободная воля заключаетъ въ себѣ мышленіе и знаніе, но не въ той непремѣнно степени, которая нужна для уголовной отвѣтственности. Поэтому извѣстная степень умственной зрѣлости должна составлять отдѣльное условіе. Самый усердный защитникъ теоріи, по которой разумъ считается единственнымъ внутреннимъ условіемъ уголовной отвѣтственности — Бернеръ (*Lehrb.*, § 77; *Grundsaetze des preus. Str. Rechts*, Leipz.,

[1]) Мы здѣсь имѣемъ въ виду самую полную форму преступнаго дѣянія. Ниже (*н.* 155) увидимъ, что вина можетъ состоять и въ томъ, что лицо не воздержалось отъ дѣянія, котораго вредное послѣдствіе предвидѣло (безпечность), или въ томъ, что оно вреднаго послѣдствія не предвидѣло (неосмотрительность). Сравн. *н.* 75.

Digitized by Google

1861, § 69). Онъ полагаетъ, согласно воззрѣнію Гризингера (*Pathologie und Therapie der Seelenkrankh.*, 1845, стр. 37), что посредствомъ этой теоріи можно избѣгнуть метафизической запутанности по вопросу о свободной воли, и что эта теорія ведетъ къ устраненію всѣхъ затрудненій въ этомъ отношеніи. По мнѣнію Бернера совершенно излишне требовать свободной воли какъ втораго условія: гдѣ есть разумъ, тамъ существуетъ и свободная воля; допускать *mania sine delirio* (бѣшенство безъ бреда), т. е. отсутствіе свободной воли при дѣйствіи здраваго разума,—по его мнѣнію, безсмыслица. Это воззрѣніе раздѣляютъ англійскіе криминалисты, которые думаютъ, что уголовной отвѣтственности долженъ подлежать каждый, кто различаетъ добро отъ зла, законъ отъ беззаконія. Мнѣніе Бернера поддерживаетъ авторитетъ Эскироля, Генке и Каспера (*Handb. d. gericht. Medic.*, Berlin, 1864, I, 474) и Сантлюса (*Verkehrte Willensäusserung*, Erlangen, 1862, стр. 65); но съ другой стороны наблюденія, сдѣланныя Пинелемъ, Гоффбауеромъ и Фридрейхомъ (*System der gerichtlichen Psychologie*, стр. 465; *Bemerkungen*, Nürnberg, 1855, стр. 55), говорятъ въ пользу противуположнаго мнѣнія. Они замѣчаютъ извѣстныя состоянія души (*mania sine delirio* и нѣкоторые виды мономаніи), въ которыхъ человѣкъ понимаетъ ошибочность своего стремленія, жалѣетъ о томъ, и, однакожъ, не можетъ преодолѣть его, ибо онъ лишенъ психической или внутренней свободы. Такое болѣзненное совращеніе воли Stark (*Allgem. Pathologie*, Leipz., 1838) называетъ *hyperbulie* (раздраженіе воли). И въ настоящее время нѣкоторые писатели поддерживаютъ мнѣніе Фридрейха и Гоффбауера. Такъ нр. Кальбаумъ (*Gruppirung der psychischen Krankheiten*, Danzig, 1863, стр. 95, 145) признаетъ совращеніе воли независимо отъ сферы мысли и чувства. Несомнѣнно, что гдѣ есть свобода, тамъ суще-

Digitized by Google

ствуетъ и извѣстная степень сознанія; но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобъ свобода неизбѣжно находилась тамъ, гдѣ есть сознаніе. Свобода мышленія можетъ дѣйствовать безъ свободы самоопредѣленія. Если сознаніе не можетъ быть исключительнымъ масштабомъ душевнымъ болѣзней, то оно равнымъ образомъ не можетъ быть единственнымъ основаніемъ для опредѣленія уголовной отвѣтственности.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Невмѣняемость и ея причины.

A. О невмѣняемости вообще.

89. Воля и сознаніе суть два внутреннія условія, безъ которыхъ преступленіе существовать не можетъ. Тотъ только способенъ совершить преступленіе, кто имѣетъ волю и сознаніе. Поэтому не каждый человѣкъ способенъ совершить преступленіе и вмѣстѣ съ тѣмъ подлежать уголовной отвѣтственности. Отсутствіе этой способности называется *невмѣняемостію* (*nonimputabilité, Zurechnungsunfähigkeit, incapacità di delinquere*). Съ самой низшей до самой высшей степени свободы человѣческой мы видимъ постепенность по мѣрѣ развитія сознанія и силы воли. Однако жъ между вмѣняемостію, предполагающею способность совершить преступленіе и невмѣняемостію не можетъ быть ничего посредствующаго. Человѣкъ или отвѣчаетъ или не отвѣчаетъ за свои дѣянія, владѣетъ или не владѣетъ внутреннею свободою; имѣетъ или неимѣетъ сознанія. Вмѣняемость и невмѣняемость точно разграничены. Ступени воли и сознанія, ступени вну-

Digitized by Google

тренней свободы, о которыхъ мы только что говорили, могутъ существовать только въ предѣлахъ вмѣняемости, и имѣть вліяніе на опредѣленіе степени виновности. Вмѣняемость не всегда заключаетъ въ себѣ одинаковое количество умственныхъ качествъ. Но, не смотря на эту количественную сторону, уголовное право признаетъ только вмѣняемость или невмѣняемость. Существованіе переходныхъ состояній между психическимъ здравіемъ и психическою болѣзнію (*состояніе ограниченія воли*), говоритъ Friedreich (*System*, стр. 122), не можетъ служить основаніемъ ступенямъ, посредствующимъ между вмѣняемостію и невмѣняемостію. Хотя эти переходныя состоянія и существуютъ, однако жъ во всякомъ случаѣ или наступаетъ то состояніе, въ которомъ человѣкъ теряетъ свободу самоопредѣленія воли, и тогда является невмѣняемость, или наоборотъ является вмѣняемость. Ни о чемъ среднемъ между этими двумя состояніями говорить не возможно. Когда развивается физическая болѣзнь, изъ которой послѣ вытекаетъ умственная, тогда, не смотря на переходъ къ психическому страданію, человѣкъ не всегда впадаетъ въ состояніе невмѣняемости: ибо тогда онъ еще можетъ владѣть волею. Но когда болѣзнь розовьется до того, что свобода и сознаніе прекращаются, тогда вмѣстѣ съ тѣмъ начинается невмѣняемость.

90. Изъ невозможности допустить нѣчто посредствующее между вмѣняемостію и невмѣняемостію истекаетъ, что наука ограничивается здѣсь только рѣшеніемъ вопроса: когда, въ какихъ случаяхъ, существуетъ невмѣняемость, какъ исключеніе изъ правильнаго состоянія человѣка, по существу своему одареннаго разумомъ и волею. Для разрѣшенія этихъ вопросовъ мы должны обратиться къ *уголовной психологіи*. Когда развиваются въ человѣкѣ умственныя способности,

Digitized by Google

составляющія существенное условіе отвѣтственности? Какія вліянія пріостановливаютъ или уничтожаютъ ихъ развитіе? эти вопросы принадлежатъ исключительно психологіи. Въ какой степени законодатель можетъ касаться ея вопросовъ, объ этомъ скажемъ подробно, разсуждая о причинахъ невмѣняемости. Эти причины суть или *обыкновенныя*, нормальныя, или *чрезвычайныя*. Обыкновенная правильная причина есть *малолѣтство;* случайныя причины можно обнять подъ общимъ названіемъ *болѣзней*.

Б. Малолѣтство.

91. Разумъ и свобода, а слѣдовательно и способность подлежать уголовной отвѣтственности, не проявляются вдругъ. Съ постепеннымъ развитіемъ физическихъ силъ развиваются и душевныя способности. *Дитя* есть существо тѣлесное; разумъ въ немъ еще не проснулся. Оно движется во внѣшнемъ мірѣ, безъ внутренней дѣятельности; то, что оно дѣлаетъ, не есть дѣло воли, а силъ природы. Дѣти не имѣютъ надлежащаго самосознанія, ни сознанія внѣшняго міра. Они не въ состояніи составить себѣ отвлеченныя понятія, преимущественно же понятіе объ обязанностяхъ. Они живутъ исключительно въ настоящемъ: все, что касается будущаго, или что по крайней мѣрѣ не осуществляется тотчасъ, какъ напр. наказаніе, не доступно ихъ уму и не можетъ руководить ихъ дѣйствіями. Мысль ихъ неясна и безсильна какъ и языкъ ихъ. Она развивается паралельно съ развитіемъ рѣчи. Въ періодѣ, заключающемся между перемѣною зубовъ, первою зарею разума, и созрѣваніемъ, т. е. въ такъ называемомъ возрастѣ *мальчика* и *дѣвочки*, человѣкъ легко поддается впечатлѣніямъ и не имѣетъ самостоятельнаго мнѣнія. Даже при быстромъ развитіи умственныхъ способностей, при усиленномъ располо-

Digitized by Google

женіи къ научнымъ занятіямъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обязанность и добродѣтель должны имѣть вліяніе, мы усматриваемъ въ этомъ возрастѣ дѣтскую необдуманность и легкомысліе. Кульминаціонный пунктъ, въ которомъ тѣло приближается къ совершенному развитію, физическія же и умственныя силы начинаютъ свои отправленія во всей полнотѣ, это *юношескій возрастъ*, т. е. періодъ половой зрѣлости. Половая зрѣлость и вообще позднѣйшее или болѣе раннее развитіе ея зависитъ отъ климата. Мальчики обыкновенно начинаютъ созрѣвать около 14 лѣтъ, за исключеніемъ отдаленнаго сѣвера, гдѣ это наступаетъ позже, въ 18 лѣтъ. Дѣвушки въ умѣренномъ климатѣ созрѣваютъ на 16, на югѣ Европы на 12, въ Африкѣ и Южной Азіи на 9, въ отдаленномъ сѣверѣ на 24 году. Но даже въ одной и тойже странѣ у разныхъ индивидовъ созрѣваніе неодинаково: это зависитъ отъ темперамента и воспитанія. Образованность ускоряетъ созрѣваніе; у жителей деревень оно позднѣе чѣмъ въ городахъ. Въ *зрѣломъ возрастѣ* тѣлесное и умственное развитіе обнаруживается во всемъ блескѣ. Тѣло пріобрѣтаетъ полноту силъ и способность переносить напряженіе ихъ; съ другой стороны разумъ доходитъ до извѣстной зрѣлости, воля же — до рѣшительности и силы.

92. Какъ при такихъ антропологическихъ наблюденіяхъ долженъ поступить законодатель? Долженъ ли онъ опредѣлить возрастъ, въ которомъ начинается уголовная отвѣтственность? или же слѣдуетъ предоставить судьѣ рѣшеніе въ каждомъ случаѣ, дѣйствовалъ ли малолѣтній съ сознаніемъ или нѣтъ? [1]). Въ гражданскомъ правѣ опредѣленіе воз-

[1]) Carmignani (*Elementi del diritto penale*, Napoli, 1854, § 181), полагаетъ, что вторая система соотвѣтственнѣе тамъ, гдѣ одни судьи

Digitized by Google

раста, — въ которомъ каждый считается правоспособнымъ или въ извѣстной степени способнымъ къ гражданскимъ дѣяніямъ, — необходимо. Возможно ли, чтобъ государство о каждой личности рѣшало отдѣльно, способна ли она къ гражданскимъ актамъ. Сопряженіе правоспособности съ извѣстнымъ возрастомъ предотвращаетъ запутанность гражданскихъ отношеній и дѣлаетъ рѣшеніе спора легче нежели тогда, когда слѣдовало бы въ каждомъ случаѣ доказывать извѣстную степень зрѣлости. Впрочемъ и интересъ малолѣтнихъ требуетъ, чтобъ законъ опредѣлилъ, съ какого возраста обязательства ихъ будутъ имѣть законную силу. Другое дѣло въ уголовномъ правѣ; здѣсь, законъ, объявляя, что до извѣстнаго возраста считаетъ людей неотвѣтственными уголовно, опредѣляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ правило, основанное на предположеніи, не всегда согласномъ съ дѣйствительностію. Такимъ образомъ многіе, хотя и недостигшіе этого возраста, но дѣйствующіе со свободною волею и сознаніемъ, поставлены въ состояніе невмѣняемости; и наоборотъ уголовная отвѣтственность обнимаетъ собою лица неимѣющія полнаго сознанія, только по той причинѣ, что они находятся въ возрастѣ, опредѣленномъ закономъ. Природа не можетъ быть непремѣнно связана извѣстными сроками, а потому объ умственномъ развитіи нельзя всегда судить по извѣстному возрасту. Иногда умственное развитіе опережаетъ физическое и наоборотъ. Индивидуальности представляютъ несравненно бо́льшее разнообразіе въ психическомъ, нежели въ физическомъ отношеніи. Гдѣ же, слѣдовательно, вѣрное основаніе для опредѣленія закономъ, что въ такой то день и часъ человѣкъ

разрѣшаютъ фактическій, другіе—юридическій вопросъ; первая же система—тамъ, гдѣ оба вопроса рѣшаетъ одинъ и тотъ же судья.

Digitized by Google

пріобрѣтаетъ способность къ различенію правды отъ лжи, добра отъ зла, вины отъ невинности? Не говоря уже о томъ, что повѣрка возраста можетъ быть сопряжена съ большими затрудненіями, опредѣленіе возраста для отвѣтственности уголовной влечетъ за собою то неудобство, что совершающій преступленіе нѣсколько дней до достиженія этого возраста, не подвергается наказанію; и, наоборотъ, совершающій оное нѣсколько дней послѣ достиженія того возраста наказывается на равнѣ съ совершеннолѣтнимъ. Эти мысли ведутъ къ заключенію, что было бы соотвѣтственнѣе, еслибъ законодатель держался второй системы, т. е. не опредѣлялъ срока и предоставлялъ судьѣ рѣшать въ каждомъ случаѣ, дѣйствовалъ ли малолѣтній съ сознаніемъ. Но практическое примѣненіе этого начала тоже соединено съ затрудненіями. Преданіе суду дѣтей было бы безсмысленно и соблазнительно. Мы видѣли доказательство тому въ англійскомъ законодательствѣ *(н.* 87).

93. Если законодатель не можетъ рѣшительно опредѣлить возраста, съ котораго начинается способность къ отвѣтственности уголовной; то, съ другой стороны, опытъ доказываетъ, что до извѣстнаго возраста дитя дѣйствуетъ безсознательно. Но и перешедши этотъ возрастъ, человѣкъ не пріобрѣтаетъ вдругъ умственной зрѣлости. Съ постепеннымъ развитіемъ постепенно ослабѣваетъ предположеніе невмѣняемости; наконецъ наступаетъ время, въ которомъ, по всей вѣроятности, человѣкъ доходитъ до надлежащаго различенія добра и зла, до понятія обязанности и до самостоятельности воли. Такимъ образомъ относительно вмѣняемости законодатель долженъ различить три періода: періодъ *безусловной неотвѣтственности;* періодъ *относительной отвѣтственности*, въ которомъ судья долженъ прежде всего опредѣ-

Digitized by Google

лить, дѣйствовалъ ли виновный съ сознаніемъ; и періодъ *безусловной отвѣтственности*. Во второмъ періодѣ существуетъ предположеніе невмѣняемости, въ третьемъ— вмѣняемости. Различеніе этихъ двухъ періодовъ нужно и потому, что малолѣтній, хотя и дѣйствующій съ сознаніемъ, долженъ быть наказываемъ менѣе строго, чѣмъ совершеннолѣтній, ибо онъ болѣе подверженъ впечатленіямъ и имѣетъ менѣе обдуманности и опыта. Необходимость смягченія наказанія представляется и въ началѣ періода безусловной отвѣтственности т. е. уголовнаго совершеннолѣтія. Такимъ образомъ слѣдуетъ положить послѣ 2-го періода переходный періодъ *безусловной смягченной отвѣтственности*. Совершеннолѣтіе уголовное должно быть опредѣлено ранѣе гражданскаго: ибо человѣкъ ранѣе достигаетъ яснаго пониманія добра и зла, нежели надлежащаго управленія своими дѣлами, т. е. индивидуальнаго самоуправленія. Именно этотъ промежутокъ между уголовною и гражданскою отвѣтственностію долженъ бы обнимать періодъ смягченной безусловной отвѣтственности. Опредѣленіе возраста для каждаго изъ упомянутыхъ періодовъ зависитъ въ каждомъ государствѣ отъ антропологическихъ наблюденій. Правда, что указаніе такихъ сроковъ влечетъ за собою извѣстныя, выше указанныя неудобства; но ни одно человѣческое дѣло, ни одно законодательное установленіе, не можетъ быть совершенно. Изъ двухъ невѣрныхъ путей лучше избрать тотъ, который практичнѣе, и въ которомъ уклоненія составляютъ незначительное исключеніе, въ особенности если сроки будутъ опредѣлены на основаніи точныхъ антропологическихъ наблюденій. Въ нашемъ умѣренномъ климатѣ предѣломъ невмѣняемости можно бы положить 14 лѣтъ для мальчиковъ и 12 для дѣвочекъ; періодъ же относительной отвѣтственности — опредѣлить между 14 (или 12) и 18 годами; на-

Digitized by Google

конецъ періодъ безусловной, но смягченной отвѣтственности, между 18 и 21 годомъ, съ котораго должна начинаться безусловная отвѣтственность.

94. По этому вопросу законодательства представляютъ двѣ главныя противоположныя *системы: римскую* и *французскую*. Римское право, согласно существу предмета, принимаетъ три періода малолѣтства: безусловной невмѣняемости, условной и безусловной смягченной отвѣтственности. *Infantes* (qui fari non possunt), не могущіе свободно владѣть рѣчью и ясно выражать свои мысли, и *infantiae proximi*, т. е. находящіеся въ возрастѣ близкомъ дѣтства, не подлежали отвѣтственности за свои дѣянія, по поводу своей невинности (*l.* 12 *Dig.* 48,8). Способности свободно владить рѣчью и соотвѣтственнаго этой степени умственнаго развитія римскій мальчикъ достигалъ на 6 или 8 году; однакожъ Римляне приняли здѣсь опредѣленный срокъ, 7 лѣтній возрастъ. Это произошло подъ вліяніемъ древней греческой философіи, которая признавала числу 7 таинственную силу, 7-лѣтнему же сроку особенную важность. *Impubes*, т. е. мальчикъ до 14 и дѣвочка до 12 лѣтъ, подвергались отвѣтственности, если были способны къ совершенію преступленія (*l.* 23 *Dig.* 47, 2), т. е. если имѣли понятіе о противузаконности своего дѣянія (§ 18 *Inst.* 4, 1). Кромѣ того, въ каждомъ случаѣ судья былъ обязанъ обращать вниманіе не только на умственное развитіе, но и на свойство преступленія и обстоятельства дѣла. Тотъ же самый *impubes*, признанный неспособнымъ совершить хитрый обманъ, могъ быть наказанъ за обыкновенный обманъ или кражу: въ первомъ случаѣ онъ считался на равнѣ съ дитятю, *infantiae proximus*; во второмъ—на равнѣ съ созрѣвающимъ, *pubertati proximus* (*l.* 14 *D.* 4, 3). Слѣдующій за *impubertas* періодъ былъ *pubertas* т. е. юношескій возрастъ,

Digitized by Google

періодъ половой зрѣлости. Этотъ возрастъ былъ опредѣленъ обычаемъ по опыту, согласно вліянію италіянскаго неба. Что касается мальчиковъ, въ случаѣ сомнѣнія въ ихъ зрѣлости, сабиняне, вопреки прокулеянамъ, желающимъ рѣшать по сроку (14 лѣтъ), требовали осмотра тѣла. Такой осмотръ рѣдко случался. Юстиніянъ съ реторическимъ негодованіемъ запрещаетъ осмотръ какъ неприличный и утверждаетъ начало прокулеяновъ. Но это было только рѣшеніе прежняго научнаго спора: ибо, по свидѣтельству Институцій (I, 22 pr.), осмотръ уже давно не существовалъ. Съ 14 лѣтъ начинается безусловная отвѣтственность, но до 25 лѣтняго возраста, т. е. до совершеннолѣтія, иногда наказаніе было смягчаемо (*l.* 37 *Dig.* 4, 4).

95. Примѣру римскаго права послѣдовали каноническое и нѣкоторыя новѣйшія законодательства. Они приняли три періода: безусловной невмѣняемости, условной и безусловной отвѣтственности, но полагаютъ для каждаго различные сроки. Это начало, при опредѣленіи смягченнаго наказанія во второмъ періодѣ, въ случаѣ признанія отвѣтственности, приняли: законодательство англійское, весьма сходное съ римскимъ (Stephen, *Summary of the crim. law*, Lond., 1840, cap. II), Уложенія о наказаніяхъ 1845 и 1847 г. (10 и 14 лѣтъ), кодексы: испанскій 1850 г. (9 и 15 л.), іоническихъ острововъ (9 и 14 л.), португальскій 1852 г. (7 и 14 л.), баденскій 1845 г., дармштадскій 1841 г., ольденбургскій 1858 (12 и 16 л.), виртембергскій 1839 г. (10 и 16 л.) норвежскій 1842 (10 и 15 л.), италіянскій 1861 (9 и 14) эстенскій 1855 (Cod. crim. p. stati estensi, 10—14 л.) и шведскій 1864 (14 и 15 л.). Кромѣ того нѣкоторыя изъ этихъ законодательствъ, по образцу римскаго, въ началѣ третьяго періода, въ теченіи нѣсколькихъ лѣтъ, считаютъ возрастъ обстоятельствомъ смягча-

Digitized by Google

ющимъ наказаніе, какъ напр. испанское, іоническое, дармштадское и (отчасти) шведское до 18 л., португальское до 20 л., Ул. о нак. до 21 года, Уставъ о нак. нал. мір. суд. до 17 лѣтъ [1]). Другія законодательства, какъ кодексъ саксонскій 1855 г., гановерскій 1840, тюрингенскій 1850, брауншвейгскій 1840, бразильскій 1831 и австрійскій 1852, допуская періодъ безусловной неотвѣтственности, во второмъ періодѣ т. е. въ юношескомъ возрастѣ (12 — 16 или 18, и 14 до 21 г.; австрійскій же, по степени смягченія, 10—14 и 14—20 лѣтъ) полагаютъ уже безусловную отвѣтственность, но смягчаютъ наказаніе. Слѣдовательно эти законодательства уклоняются уже отъ существа предмета и отъ опыта. Они составляютъ переходъ къ еще болѣе ошибочной французской системѣ.

96. Система французскаго кодекса, принятая рабски прусскимъ и баварскимъ законодателемъ, вопреки существу предмета, отвергаетъ періодъ безусловной невмѣняемости, и полагаетъ только одинъ періодъ малолѣтства т. е. условную отвѣтственность до 16 лѣтняго возраста [2]), съ котораго считается уже уголовное совершеннолѣтіе [3]). Притомъ если

---

[1]) Бременское право, приближаясь къ этой системѣ, несвязываетъ безусловно судьи, предоставляя это его усмотрѣнію, напр. должно ли подвергнуть малолѣтняго отъ 10 — 14 наказанію или нѣтъ (Pauli, *Das bremische Strafrecht*, Bremen, 1863, § 9).

[2]) Несмотря на то, судебная практика въ Пруссіи придерживается прежняго, заимствованнаго изъ римскаго законодательства, правила безусловной невмѣняемости дѣтей до 7 лѣтъ (Berner, *Grundsaetze*, § 76)

[3]) Французской системѣ послѣдовали италіанскій кодексъ 1859 и. бельгійскій 1867, послѣдній съ тѣмъ различіемъ, что послѣ періода условной отвѣтственности (до 14 лѣтъ) не полагаетъ вдругъ совершеннолѣтія уголовнаго, но принимаетъ два посредствующіе періода,

Digitized by Google

малолѣтній, недостигшій 16-лѣтняго возраста, дѣйствовалъ съ сознаніемъ (*discernement, Unterscheidungs-Vermögen*), то наказаніе смягчается. Въ противномъ же случаѣ онъ отдается въ исправительный домъ до достиженія 20, а по баварскому кодексу 18 лѣтъ. Французское уложеніе уклонилось въ этомъ отношеніи отъ древней французской юриспруденціи, сходной съ римскимъ правомъ (Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal.*, n° 748). Хотя практическое послѣдствіе этой системы, какъ справедливо замѣчаетъ Pacheco (*Codigo penal comentado*, Madrid, 1856, I, 146), по большей части такое же самое какъ и римской системы, согласной съ существомъ предмета; однако жъ были случаи въ новѣйшее время, что дѣти до 8 лѣтъ предавались суду присяжныхъ,—что справедливо Росси (*Traité de dr. pénal*, кн. II, гл. 15) считаетъ соблазномъ и ослабленіемъ достоинства суда. Laget-Valdeson (*Théorie du code pénal espagn.*, Paris, 1860, стр. 68) и Trébutien (*Cours de dr. crim.*, Paris, 1854, I, 110) даютъ предпочтеніе этой системѣ потому, что она проста и охраняетъ малолѣтняго до 16 лѣтъ предположеніемъ невинности (*présomption d'innocence*), которое обвинитель обязанъ опровергнуть доказательствомъ, что малолѣтній дѣйствовалъ съ сознаніемъ противозаконности дѣянія. Но эти замѣчанія не опровергаютъ главнаго возраженія, и не оправдываютъ

съ 14 до 18 и съ 18 и 21 лѣтъ, которые оба имѣютъ вліяніе на смягченіе наказанія. Уставъ уголовнаго 1864 судопроизводства года, слѣдуя французской системѣ, полагаетъ уголовное совершеннолѣтіе въ 17 лѣтъ, и такимъ образомъ измѣняетъ отчасти ст. 138—140 Улож. о наказ.. Это сдѣлано вѣроятно въ виду будущаго соотвѣтственнаго измѣненія Уложенія о наказаніяхъ; но пока, по отношенію къ совершеннолѣтію, существуетъ замѣчательное разнообразіе, ибо двѣ выше указанныя системы (*н.* 94) сохраняютъ силу.

Digitized by Google

устраненія періода, въ которомъ не обыкновенное юридическое предположеніе, но неподлежащее уже никакому возраженію (*praesumptio juris et de jure*), или, какъ называютъ англичане, непоколебимое, повелительное предположеніе (*irrebutable, imperative presumption of law*) должно защищать малолѣтняго.

В. Болѣзни.

97. Хотя человѣкъ и выйдетъ изъ дѣтскаго возраста, но различныя обстоятельства могутъ произвести временное или постоянное затмѣніе умственныхъ способностей или замедлить ихъ развитіе. Эти обстоятельства ставятъ человѣка въ состояніе невмѣняемости, дѣлаютъ его неспособнымъ отвѣтствовать уголовно, быть субъектомъ преступленія. Эти причины невмѣняемости такъ разнообразны, такъ еще не точно изслѣдованы, что исчерпать ихъ невозможно. Психологія и психіятрія еще не создали постоянной терминологіи по этому вопросу: одно и тоже названіе употребляется въ различномъ значеніи. Та же неясность и неточность встрѣчается и въ отношеніи общихъ началъ: существованіе нѣкоторыхъ ненормальныхъ состояній ума, допускаемое одними, отвергается другими [1]).

[1]) Такъ напр. Ideler (Golddammer's *Archiv*, 1, 637 и слѣд.). Casper (*Handb. d. gericht. Med.*, 3 Ausg. I, 611), Wald (*Gerichtl. Medicin*, II, 365, 368) и Griesinger (*Traité des maladies mentales*, trad. de Doumic., Paris 1865, стр. 318), отрицаютъ мономанію поджигательства и кражи (*pyromania, cleptomania*), которую допускаютъ Friedreich (*Syst. der. ger. psych.*, 478, 491), Wilbrand (касательно пироманіи, *Lehrb. d. ger. psych.*, 310) и другіе. По новѣйшимъ наслѣдованіямъ эти состоянія считаются по большей части не самобытными видами умственныхъ болѣзней, а только моментальными ихъ проявленіями. См.: Iessen, *Die Brandstiftungen*, Kiel, 1860, стр. 5; Schürmayer, *Lehr. d. gericht. Med.*, Erlangen, 1850, стр. 413; Wharton, *Treatise on medic. jurispr.*, Philad., 1860, §§ 192, 193.

Digitized by Google

Большое разногласіе существуетъ касательно самыхъ важныхъ вопросовъ, до сихъ поръ неразрѣшенныхъ ни спиритуалистами, ни матеріалистами, ни эклектиками,—вопросовъ о зависимости духа отъ мозга и тѣла вообще, о локализаціи и объ источникѣ умственныхъ болѣзней. Классификація этихъ болѣзней тоже неустановлена; здѣсь остается еще многое сдѣлать. Законодательства, указывающія подробно случаи невмѣняемости,—какъ это дѣлаютъ отчасти италіянскій и б. ганноверскій кодексы и Уложенія о наказ. 1845 и 1847 г.,—входятъ на опасный путь. Психологія не есть наука замкнутая и полная, и останется вѣчно таковою. Слѣдовательно должно ли законодательство вопреки дѣйствительности допускать такую полноту? Уложенія сохраняютъ долгое время свою силу; психологическія же и антропологическія изысканія слѣдуютъ быстро одни за другими: пріобрѣтенія ихъ могутъ долгое время быть чужды законодательству. Исчисленіе случаевъ невмѣняемости, сдѣланное закономъ съ цѣлію ограничить произволъ судьи въ интересахъ правосудія, поведетъ къ противоположному результату: невинные могутъ быть жертвою такой неподвижности законодательства въ отношеніи психологіи. Законодатель избѣгнетъ этихъ неудобствъ, если онъ ограничится положеніемъ общаго правила, или укажетъ притомъ нѣкоторые обыкновенные случаи въ видѣ примѣра. Но и въ этомъ послѣднемъ случаѣ надобно избѣгать двусмысленности. Еслибъ нпр. законодатель между причинами невмѣняемости положилъ просонки, сильное волненіе души и т. д.; то можно бы полагать, что эти состоянія во всякомъ случаѣ служатъ извиненіемъ. Между тѣмъ существенно не то, въ какомъ состояніи ума находился виновникъ, а то, лишило ли его данное состояніе свободной воли и затмило ли оно его сознаніе. Системы, полагающей только общее начало, придерживаются по большей части германскія

Digitized by Google

законодательства и кодексъ іоническихъ острововъ. Послѣдній выражается наиболѣе общимъ образомъ въ ст. 8: „Для дѣйствительности преступленія необходимо, чтобъ въ дѣяніи или упущеніи принимали участіе воля, свобода и сознаніе“ [1]). Кодексы виртемб., баден., дармшт., ольденб. и баварскій къ такому общему правилу присоединяютъ исчисленіе нѣсколькихъ случаевъ въ видѣ примѣра. Самая соотвѣтственная редакція—бавар. кодекса [2]), ибо она вполнѣ устраняетъ опасность смѣшенія двухъ различныхъ понятій: ненормальнаго состоянія и невмѣняемости.

98. Если законодатель, согласно существу предмета, послѣдуетъ только что указанной системѣ, то судья, несвязанный законнымъ исчисленіемъ ненормальныхъ состояній, будетъ имѣть возможность, въ случаѣ сомнѣнія, рѣшить при содѣйствіи врача: былъ ли обвиняемый въ минуту совершенія дѣянія подъ вліяніемъ психологическаго принужденія, т. е. былъ ли онъ лишенъ внутренней свободы и сознанія, или нѣтъ? Во всякомъ случаѣ этотъ вопросъ имѣетъ рѣшительное значеніе для судьи. Опредѣленіе же, въ какомъ именно ненормальномъ состояніи души находился виновникъ, есть второстепенный вопросъ, который служитъ врачу средствомъ къ разрѣшенію упомянутаго вопроса. Трудность раз-

---

[1]) „A consituir il reato bisogna, che nel azione o nella omissione, contraria alla legge penale, concorrano la volontà, la libertà ed il discernimento.“ Zupetta, *Metafisica delle leggi penali*, Torino, 1848, II, 83.

[2]) Art. 67. „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn dem Handelnden zur Zeit der That, wegen Blödsinnes, Wahnsinnes, Raserei, höchsten Grades der Betrunkenheit oder aus ähnlichen Ursachen, die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkentniss der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat.“

Digitized by Google

рѣшить этотъ вопросъ лежитъ не только въ самомъ предметѣ, но и въ различіи точки воззрѣнія судьи и врача. Судья обыкновенно опирается на психологію въ тѣсномъ смыслѣ, которой задача облегчена тѣмъ, что она всѣ проявленія дѣятельности души подводитъ подъ одно общее начало, говоря, что человѣкъ есть существо самостоятельное, одаренное разумомъ и волею. Антропологія, съ точки зрѣнія которой врачь долженъ разсматривать сомнительные случаи, обхватываетъ человѣка какъ органическое единство умственной и физической жизни. Антропологія, кромѣ психологическаго элемента, должна обращать вниманіе и на физическій, который ускользаетъ отъ подведенія подъ одно основное начало и можетъ быть изслѣдованъ только посредствомъ эмпирическихъ наблюденій. Эти наблюденія указываютъ, что свобода и разумъ человѣка зависятъ отъ многочисленныхъ ограничивающихъ ихъ физическихъ вліяній. Отсюда столь частое разногласіе мнѣній; отсюда иногда не только врачь матеріалистъ, но и врачь спиритуалистъ, усматриваетъ отсутствіе свободной воли тамъ, гдѣ судья находитъ состояніе вмѣняемости.

Г. О болѣзняхъ въ особенности.

99. Въ судебной психологіи мы находимъ различныя классификаціи душевныхъ болѣзней, какъ причинъ невмѣняемости. Нѣкоторые раздѣляютъ ихъ на физическія и душевныя; но другіе не допускаютъ такого дѣленія, полагая, что такъ называемая душевная болѣзнь находится всегда въ связи съ ненормальнымъ состояніемъ тѣла. Иные группируютъ эти болѣзни согласно тому, существуютъ ли онѣ отъ рожденія или образовались послѣ, самостоятельны ли онѣ, или онѣ только—послѣдствія или же признаки другихъ бо-

Digitized by Google

лѣзней, какъ нпр. умоизступленіе въ лихорадкѣ *(этіологическое* и *генетическое* дѣленіе). Нѣкоторые придерживаясь *психологическаго* воззрѣнія, согласно тому, которая изъ трехъ главныхъ способностей преимущественно поражена, разумъ, чувство или ихъ результатъ—воля, раздѣляютъ эти болѣзни на болѣзни сознанія, чувства и воли. По *патологической* классификаціи отличаются переходныя и продолжительныя ненормальныя состоянія ума. Всѣ эти дѣленія не имѣютъ сушественнаго значенія для криминалиста, для котораго въ каждомъ случаѣ главнымъ образомъ дѣло идетъ о томъ, уничтожило ли данное состояніе ума свободу воли и сознаніе, или нѣтъ. Однако жъ, приступая къ разсмотрѣнію замѣчательнѣйшихъ болѣзненныхъ состояній, мы находимъ удобнымъ раздѣлить ихъ на извѣстныя групы. Съ тою цѣлью мы принимаемъ послѣднее, т. е. патологическое дѣленіе, какъ наиболѣе осязательное.

I. Временное затмѣніе сознанія.

100. Сюда относятся: *а*) порывы и страсти *б*) опьяненіе *в*) сонность и проч.

а) *Порывы* (*animi impetus, emportement, Affect)* и *страсти* (*desiderium, affectus solliciti, passion, Leidenschafft*). Общая черта обоихъ состоитъ въ томъ, что они происходятъ отъ вожделѣнія или отвращенія. Но порывъ или афектъ (сильное волненіе или, какъ выражается Уложеніе, запальчивость, раздраженіе), это неистовство души по мнѣнію стоиковъ, есть состояніе временное, внезапно вызванное внѣшнимъ вліяніемъ, которое мгновенно проявляется въ дѣяніи. Страсть, эта горячка души по словамъ Платона, есть хроническое состояніе, постоянное стремленіе, вожделѣніе, овладѣвающее умомъ. Страсть, хотя и кажется сходною съ душевною бо-

Digitized by Google

лѣзнію, не исключаетъ обдуманности, развѣ въ минуту вспышки; но тогда она переходитъ въ афектъ. Прозорливый расчетъ можетъ быть нечуждъ страсти, даже во время сильнаго ея развитія. Афекту недостаетъ всегда обдуманности. Кантъ, въ *Антропологіи* своей (§ 72), справедливо говоритъ, что афектъ похожъ на теченіе, разрывающее плотины, страсть же похожа на ручей, который все болѣе и болѣе углубляетъ свое русло. Всеобщее убѣжденіе человѣческаго рода, служащее источникомъ обычаямъ и законодательству образованныхъ народовъ, усматриваетъ въ человѣкѣ возможность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обязанность удерживать всѣ противозаконныя стремленія. Самообладаніе составляетъ не только нравственную обязанность, но вмѣстѣ съ тѣмъ и существенное условіе общественнаго порядка и безопасности. Еслибъ страсти и афекты служили извиненіемъ преступникамъ, то уголовная отвѣтственность долженствовала бы исчезнуть. Самообладаніе есть результатъ постоянныхъ напряженій и внутренней борьбы. Трудно удержать вспышку взволнованныхъ чувствъ тому, кто не боролся съ ними. Онъ не можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности потому, что онъ добровольно имъ покорился. Если вообще афекты не устраняютъ отвѣтственности, то что же говорить о страстяхъ, каковы гордость, ненависть, жадность, зависть и т. д., которыя человѣкъ сознаетъ, понимая ихъ послѣдствія? Виновникъ могъ побѣдить ихъ въ самомъ ихъ зарожденіи, и, не смотря на то, позволилъ имъ гнѣздится въ душѣ и созрѣть до того мгновенія, когда онѣ ринутъ его въ преступленіе.

101. Однако жъ страстный порывъ часто неизбѣженъ, и, если онъ доходитъ до высшей степени, то затмѣваетъ умъ, лишаетъ возможности сознавать обязанность и понимать значеніе противозаконнаго дѣянія. Это случается преимущественно

Digitized by Google

въ припадкѣ *гнѣва* или *страха*[1]), доходящаго до отчаянія; тогда вмѣняемость невозможна. Овидій говоритъ: „*ira furor brevis*.“ Многіе авторы слѣдуютъ противуположному мнѣнію, что афектъ не устраняетъ отвѣтственности. Законодательства, говоритъ Бернеръ (*Lehrb.*, § 79), всегда опасались признавать афекты причиною невмѣняемости[2]). Но многочисленныя наблюденія доказываютъ, что подъ вліяніемъ афекта происходятъ болѣзни, и даже скоропостижная смерть. Если афекты такъ сильно отражаются на организмѣ, то должно ли сомнѣваться въ томъ, что они могутъ мгновенно вызвать такое состояніе ума, при которомъ нельзя и говорить о внутренней свободѣ и сознаніи? Возможно ли въ такихъ случаяхъ недопускать невмѣняемость? До такого убѣжденія можетъ довести только отвлеченное воззрѣніе, необращающее вниманія на факты, указанные опытомъ, или же смѣшеніе понятій афекта и страсти, какъ это сдѣлали Chauveau и Hélie (*Théorie du C. p.*, n°. 847). Замѣчательно, что въ пользу невмѣняемости въ такомъ случаѣ говорятъ даже и спиритуалисты какъ Иделеръ (въ *Golddammer's Archiv*, II, 14)[3]). Гнѣвъ преимущественно заслуживаетъ вниманія, когда онъ справедливъ т. е. вызванъ тяжкой обидой. Страхъ имѣетъ важное значеніе въ тѣхъ случаяхъ когда кто-либо, защищаясь, превзойдетъ

---

[1]) Locke (*De intell. hum.*, кн. II, гл. 20) справедливо полагаетъ источникомъ афектовъ удовольствіе или страданіе. Гнѣвъ и страхъ —самыя сильныя формы послѣдняго. Такое же практическое дѣленіе (*excitirende und deprimirende Affecte*).

[2]) Редакторы прусскаго кодекса говорятъ: еслибъ подверженный гнѣву зналъ, что онъ не будетъ отвѣчать за свои дѣянія, въ припадкѣ гнѣва совершенныя, то онъ не старался бы обуздать этотъ афектъ (Golddamer, *Materialien zum Straf-Gesetzbuche*, Berlin, 1851, I, 354).

[3]) Bucellati (*Sommi princ. di dirit. pen.*, Milano 1865, стр. 216) допускаетъ невмѣняемость, если афектъ былъ добрый и дозволенный (напр. супружеская любовь, стыдъ).

Digitized by Google

предѣлы необходимой обороны. По законодательствамъ, которыя опредѣляютъ общее правило о невмѣняемостн въ случаѣ отсутствія сознанія, подъ это правило должно подвести преступленія, содѣянныя подъ вліяніемъ высокой степени афекта. Ландрехтъ прусскій 1794 (IV, 1, § 29) прямо говоритъ, что на равнѣ съ сумашедшимъ ставится тотъ, кто отъ страха или гнѣва впадетъ въ состояніе, въ которомъ онъ не можетъ владѣть своимъ умомъ. Французское уложеніе и слѣдующіе ему прусское, бавар. и итал. считаютъ афектъ только обстоятельствомъ, значительно смягчающимъ наказаніе, нпр. въ убійствѣ вызванномъ обидою, и, кромѣ того, (по франц. и италіян. код.) въ убійствѣ жены и ея любовника, застигнутыхъ мужемъ при прелюбодѣяніи. Подобное правило существовало въ римскомъ правѣ: даже самый справедливый гнѣвъ составлялъ только смягчающее обстоятельство (см. тексты, приведенные Кестлиномъ, *System*, стр. 142). По дѣйствующему законодательству въ Имперіи и Царствѣ Польскомъ, запальчивость или раздражніе значительно смягчаетъ наказаніе въ нѣкоторыхъ преступленіяхъ, каковы убійство и увѣчье.

102. *Опьяненіе.* Какъ въ афектѣ нравственная причина, такъ здѣсь физическая, т. е. сильное одуреніе горячимъ напиткомъ, можетъ довести до совершеннаго безпамятства и временно лишить сознанія. Совершенно-пьяный живетъ какъ дитя только въ настоящемъ: прошедшее и будуще для него не существуютъ; самоопродѣленіе воли исчезаетъ. Возрѣніе законодательствъ и науки на опьяненіе представляетъ значитетьное разнообразіе и казуистику. Древніе моралисты и философы, какъ нпр. Pittacus, полагали что преступленіе, содѣянное въ пьянствѣ, должно быть наказываемо вдвое, если кто умышленно произвелъ это состояніе. Римское право

Digitized by Google

считало пьянство смягчающимъ обстоятельствомъ. Каноническое право признавало его причиною невмѣняемости. Средневѣковые авторы, какъ Аретинъ и Бонифацій, слѣдовали правилу римскаго права. Въ XVI столѣтіи Clarus, Farinacius и другіе начинаютъ отличать разныя обстоятельства. Въ случаѣ неумышленнаго опьяненія они полагаютъ невмѣняемость; въ другихъ же случаяхъ говорятъ въ пользу смягченія наказанія, или даже необращаютъ никакого вниманія на опьяненіе, если виновный умышленно напился съ намѣреніемъ совершить преступленіе. Эти начала приняты юриспруденціей, за исключеніемъ Англіи и Франціи, гдѣ признаніе пьянства особымъ преступленіемъ довело до болѣе строгаго взысканія за преступленія, въ этомъ состояніи содѣянныя.

103. Современныя законодательства представляютъ такое же разнообразіе началъ. Совершенно противуположнымъ системамъ слѣдуютъ, съ одной стороны австрійское и баварское, съ другой англійское и французское. По австрійскому случайное и неумышленное опьяненіе считается извиняющимъ обстоятельствомъ, хотя пьянство наказывается какъ полицейское нарушеніе (ст. 2 и 237). Къ правилу австрійскаго кодекса приближаются португальскій, виртембергскій, ганноверскій, баденскій и дармштадскій. Баварскій ставитъ опьяненіе между причинами, могущими произвести состояніе невмѣняемости. Англійское право (Stephen, *Summary*, гл. II), и по примѣру его законодательства нѣкоторыхъ изъ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ (какъ напр. Георгіи) и французское не обращаютъ вниманія на пьянство. Въ Пруссіи—не смотря на большее сходство ст. 40 уголов. код. со ст. 64 *Code pénal*, такъ какъ оба эти законодательства причиною невмѣняемости считаютъ только душевную болѣзнь (*démence*, *Bödsinn oder Wahnsinn*),—наука и юриспруденція не понимаютъ упомяну-

Digitized by Google

той статьи въ тѣсномъ смыслѣ, и полагаютъ, что она не исключаетъ и другихъ состояній, уничтожающихъ свободу воли и сознаніе (Oppenhoff, *Das Straf-Gesetzbuch erläutert*, Berlin 1861, стр. 100; Golddam., *Mater.*, I, 405). Такое же воззрѣніе въ Голландіи на ст. 64. *Cod. pén.* (Deinse, *De allgemeene beginselen van strafregt*, Middelburg, 1860, § 124). Италіянскій, испанскій и бразильскій кодексы, держащіеся середины между двумя крайностями, считаютъ пьянство смягчающимъ обстоятельствомъ, если виновникъ не привычный пьяница, и притомъ (по итал. код.), если опьяненіе было неумышленное. Бразильскій кодексъ требуетъ еще, чтобъ виновникъ не напился, съ цѣлью подкрѣпить въ себѣ намѣреніе совершить преступленіе. Въ томъ же смыслѣ говоритъ испанскій кодексъ. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ преобладаетъ англійская система съ тѣмъ различіемъ, что опьяненіе съ преступнымъ намѣреніемъ отягчаетъ мѣру наказанія (106 Ул. Имп., 113 Ул. Ц. П); но въ существѣ оно держится середины, ибо изъ общаго начала дѣлаетъ многочисленныя изъятія случаевъ, въ которыхъ значительно смягчаетъ наказаніе, если дѣяніе совершено въ пьянствѣ, какъ напр. въ преступленіяхъ противъ вѣры, въ нанесеніи обиды властямъ и чиновникамъ и т. д.

104. Всего соотвѣтственнѣе дѣлаютъ тѣ законодательства, которыя, не говоря о пьянствѣ, полагаютъ общее правило: что состояніе безпамятства устраняетъ уголовную отвѣтственность. Казуистическія правила другихъ законодательствъ лишены существеннаго психологическаго основанія. Случайно ли, по собственной ли винѣ или же намѣренно кто напился, это совершенно безразлично для вопроса о вмѣняемости. Во всѣхъ этихъ случаяхъ состояніе пьянаго одинаково, и сужденіе объ его отвѣтственности зависитъ не

Digitized by Google

отъ того, какимъ образомъ состояніе это произведено, но отъ того, каково было это состояніе въ минуту дѣянія. Наказывать за дѣйствіе, содѣянное въ состояніи совершеннаго опьяненія, значитъ тоже самое, что наказывать дѣянія совершенныя въ безуміи, которое виновный самъ произвелъ добровольно посредствомъ опіума или белладонны. Поэтому должно на равнѣ считать невмѣняемыми дѣянія какъ того, который напился съ намѣреніемъ совершить преступленіе и совершилъ его, такъ и того, который содѣялъ преступленіе въ состояніи случайнаго опьяненія. Удивительно, что теперь еще между знаменитыми криминалистами можно найти послѣдователей ложнаго воззрѣнія, каковы Бернеръ (*Lehre v. d. Theilnahme*, Berlin 1847, стр. 158), Гейбъ (*Lehrb.*, II, 75), Беккеръ (*Theorie*, стр. 373) и Марецоль (*Deutsch. C. Recht.*, Leipz., 1856, стр. 103), которые въ первомъ изъ этихъ случаевъ, согласно правиламъ код. вюрт. (97) и дармштад. (38), признаютъ возможность вмѣняемости. Притомъ Гейбъ принадлежитъ къ разряду тѣхъ писателей, которые считаютъ вмѣняемыми дѣянія совершенно пьянаго, составляющія такъ называемыя *actiones liberae in causa* (дѣянія свободныя въ своемъ основаніи) или *actiones ad libertatem relatae* (дѣянія находящіяся въ посредственномъ соотношеніи со свободною волею), т. е. когда виновный зналъ, что состояніе его необходимо (какъ напр. въ упущеніяхъ) или, по крайней мѣрѣ, вѣроятно (напр. по поводу прежняго опыта или согласно обстоятельствамъ даннаго случая) будетъ толчкомъ къ преступленію, и, не смотря на то, онъ ввелъ себя въ такое состояніе: въ первомъ случаѣ Гейбъ усматриваетъ злой умыселъ, во второмъ неосторожность.

105. Waechter (*Sächsisches Strafrecht*, Stutgard 1857, стр. 400) вмѣняетъ злой умыселъ въ *actiones liberae in causa* на

Digitized by Google

томъ основаніи, что въ цѣльности дѣянія есть минуты, въ которыхъ зародышъ дѣйствія, брошенный виновнымъ, производитъ ожидаемое имъ послѣдствіе, хотя дѣятельность виновника прекращается. И такъ мы усматриваемъ умышленное зажигательство, если кто положитъ подъ строеніе воспламеняющіяся вещества, которыя только при содѣйствіи вѣтра зажглись, хотя бы виновный послѣ положенія этихъ веществъ временно лишился чувствъ. Почему же смотрѣть менѣе строго тогда, когда виновный разсчитываетъ не на содѣйствіе силъ природы, а на собственное, хотя и отъ случая зависящее, дѣяніе, напр. на то, что онъ, напившись, будетъ бить и ранить? Для вмѣняемости необходимо, говоритъ Вехтеръ, чтобъ виновный,—въ мгновеніе, когда предвидѣнный имъ случай присоединяется къ брошенному имъ зародышу дѣянія и производитъ желаемый имъ результатъ,—дѣйствовалъ вслѣдствіе рѣшимости своей воли, или чтобъ присоединеніе случая было послѣдствіемъ такой рѣшимости. Поэтому, заключаетъ Вехтеръ, намѣреніе всегда должно быть вмѣняемо виновному, когда онъ хотѣлъ того, что случилось, когда послѣдствіе произошло отъ его дѣянія согласно его предвидѣнію, когда онъ подвергнулъ зародышъ дѣянія вліянію случая, который дѣйствовалъ согласно его предвидѣнію. Трудно согласиться съ такимъ воззрѣніемъ. Законодатель можетъ, въ виду общественнаго порядка и безопасности, наказывать пьянство, преимущественно же умышленное, если вслѣдствіе того причиненъ кому вредъ; но нельзя вмѣнять злой умыселъ человѣку, лишенному чувствъ. Злой умыселъ и отсутствіе сознанія, это—два понятія совершенно противоположныя. Между намѣреніемъ, зародившимся въ трезвомъ состояніи и дѣяніемъ, совершеннымъ въ опьяненіи, нѣтъ никакой причинной связи. Преступленіе можетъ произойти только вслѣдствіе *одновременности воли* и *дѣянія*, т. е. когда свободная воля неразлучно сопутствуетъ дѣйствію, но не вслѣдствіе *предпола-*

Digitized by Google

гаемой ихъ поочередности. Наказывать въ такомъ случаѣ значитъ наказывать мыслящее существо за дѣйствіе машины. Предположеніе,—что вознамѣрившійся совершить преступленіе ввелъ себя въ безсознательное состояніе для его совершенія,—невозможно, какъ заключающее въ себѣ противурѣчіе. Уже Савиньи, при прѣніяхъ надъ прусскимъ кодексомъ, (Golddammer, *Material.*, I, 353) замѣтилъ, что, если виновникъ самъ лишилъ себя сознанія, если впалъ въ состояніе невмѣняемости, то онъ въ этомъ состояніи не могъ осуществить предвзятаго намѣренія; если же онъ не лишилъ себя сознанія, но только довелъ себя до возбужденнаго состоянія, то не можетъ избѣгнуть наказанія.

Доказательство состоянія совершеннаго опьяненія сопряжено съ большими трудностями. Отличить притворное опьяненіе отъ дѣйствительнаго нелегко. Состояніе опьяненія—переходно и не оставляетъ слѣдовъ. Отсюда недостатокъ данныхъ для опредѣленія степени опьяненія, и необходимость, при разсмотрѣніи обстоятельствъ касающихся опьяненія, дѣйствовать съ большою осмотрительностію.

106. *в*) *Сонъ*, *сонность*, *просонки* и *сомнамбулизмъ* лишаютъ временно сознанія и выводятъ изъ міра дѣйствительности. Здѣсь человѣкъ живетъ въ собственномъ мірѣ, въ своихъ призракахъ, подлежащихъ законамъ, которые не имѣютъ ничего общаго съ дѣйствительностію. Здѣсь разумъ не можетъ принимать предупредительныхъ мѣръ, какъ въ аффектахъ и пьянствѣ. Сонъ и другія сходныя съ нимъ состоянія затмѣнія сознанія походятъ на припадокъ безумія въ лихорадкѣ. Бывали случаи убійства, совершеннаго во снѣ. Ортоланъ приводитъ слѣдующій случай: мужъ, воображая себѣ во снѣ, что застигаетъ жену въ прелюбодѣяніи, схватываетъ ружье, находящееся при кровати, и убиваетъ спящую возлѣ себя жену. То же самое можетъ произойти въ просонкахъ или

Digitized by Google

состояніи среднемъ между сномъ и бдѣніемъ, когда человѣкъ, проснувшись, не возстановилъ еще самосознанія и находится подъ вліяніемъ сновидѣній. Сновидѣнія могутъ тутъ сильно дѣйствовать и повести къ самымъ опаснымъ дѣяніямъ. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ былъ такой случай: мелочный торговецъ, спавшій во рву при дорогѣ, будучи нечаянно разбуженъ путешественникомъ, встряхнувшимъ его за плечо, выхватилъ шпагу изъ палки и пронзилъ его. По новѣйшему воззрѣнію *сомнамбулизмъ* есть состояніе, въ которомъ сонъ и бдѣніе составляютъ два разныя, параллельныя теченія, межъ которыми память и сознаніе не составляютъ соединительнаго звѣна: или какъ говоритъ Günther (*Seelenleben d. Menschen*, Wien 1861, § 245) это есть сновидѣніе, кристализованное въ соотвѣтственныхъ дѣйствіяхъ. Эта магнетическая экзальтація, говоритъ Schilling (*Zurechnungsfähigkeit*, Augsb. 1866, стр. 196) на равнѣ съ экстазою сумасшедшаго, вытекаетъ часто изъ предъидущихъ страданій тѣла или души. Это состояніе можетъ быть поставлено на равнѣ съ душевною болѣзнію; оно лишаетъ сознанія и свободы воли, слѣдовательно и вмѣняемости въ случаѣ похищенія чужой собственности, убійства и т. д. Что касается *actiones liberae in causa* лунатика,—т. е. когда онъ зналъ, что состояніе сомнамбулизма можетъ быть поводомъ къ преступленію, что онъ въ этомъ состояніи можетъ кого ранить или убить, и однакожъ не принялъ мѣръ осторожности, или даже сдѣлалъ приготовленіе къ совершенію преступленія,—выше сказанное о такихъ дѣяніяхъ, совершенныхъ въ опьяненіи, находитъ здѣсь полное примѣненіе. Прежняя юриспруденція въ такихъ случаяхъ, равно какъ и въ случаѣ, когда сноходецъ, проснувшись, одобрялъ дѣяніе, совершенное во снѣ, полагала уголовную отвѣтственность. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ ни связи между волею и дѣяніемъ, ни ихъ одновремен-

Digitized by Google

ности, ни самосознанія въ минуту совершенія. Можно подлежать взысканію за приготовленіе къ преступленію, содѣянное въ нормальномъ состояніи ума; но нельзя подвергать наказанію за дѣяніе, совершенное въ состояніи безпамятства. Чувство удовольствія отъ совершеннаго въ снѣ дѣянія—безнравственно, но не преступно. Нѣкоторые полагали еще, что слѣдуетъ наказывать дѣянія, совершенныя во снѣ лунатикомъ, если онъ питалъ ненависть къ обиженному: ибо тогда дѣяніе есть только осуществленіе преступнаго намѣренія, образовавшагося въ состояніи бдѣнія. И теперь еще нѣкоторые раздѣляютъ это мнѣніе, какъ Tissot (*l. c.*, I, 46) и Breidenbach (*Kommentar über das hessische Straf-Gesetzbuch*, Darmst. 1842, I, 518). Но за мысли, за чувства, никто не можетъ быть наказываемъ: они внѣ сферы уголовнаго права.

107. *г*) Въ упомянутыхъ выше состояніяхъ случается переходъ къ настоящимъ умственнымъ болѣзнямъ, преимущественно при афектахъ и пьянствѣ. Здѣсь принадлежитъ напр. *excandescencia furibunda*, т. е. сильная вспышка гнѣва при малѣйшемъ поводѣ. *Delirium tremens*, послѣдствіе долгаго чрезмѣрнаго употребленія спиртныхъ напитковъ, составляетъ уже вполнѣ развитую умственную болѣзнь. *Mania ebriosa* есть припадокъ сумасшествія, вызванный опьяненіемъ. Есть еще много болѣзненныхъ состояній, которыя могутъ на извѣстное время помрачить самосознаніе. Таковы:

Безсонность (pervigilium), которая есть посредствующее звѣно между страданіями тѣла и души.

Созрѣваніе дѣвочекъ и *мальчиковъ*, сопровождаемое преимущественно у первыхъ сильнымъ нервнымъ разстройствомъ, иногда располагаетъ къ поджигательству.

Беременность, *роды* и *послѣродовая лихорадка*. Извѣстны странныя прихоти, овладѣвающія беременными женщинами.

Digitized by Google

Goulard разсказываетъ о беременной, которая, подъ вліяніемъ непреодолимаго позыва ѣсть человѣческое мясо, убила своего мужа. Въ родахъ, иногда мать не только незаконная, но и законная, безсознательно убиваетъ младенца. Первые 8—10 дней послѣ родовъ бываютъ иногда сопровождаемы сильными потрясеніями ума.

Climacterium т. е. возрастъ, въ которомъ прекращается менструація у женщины. Въ этомъ состояніи женщина бываетъ подвержена умственному разстройству.

Ностальгія, тоска по родинѣ, которая иногда ведетъ къ убійству или зажигательству.

Гистерія и ***ипохондрія***. Гистерія (*hysteron*, матка) у женщины и ипохондрія (*hypochondria*, органы находящіеся подъ ребрами въ нижней части брюха) у мущины производятъ вредное вліяніе на органы тѣла и души.

Обманы чувствъ, т. е. ***обаянія*** или превратность представленій и образовъ (illusions) и ***призраки*** (hallacinations), это—мечтанія въ бодрственномъ состояніи. Обаянія состоятъ въ томъ, что дѣйствительные внѣшніе предметы представляются намъ чѣмъ то другимъ, напр. опухшее мѣсто на тѣлѣ —чертомъ, собственный нашъ голосъ—чужимъ голосомъ. Въ призракахъ мы воображаемъ себѣ дѣйствительнымъ то, что несуществуетъ, напр. если въ тишинѣ намъ кажется, что слышимъ таинственный голосъ. Въ призракѣ внутреннія субъективныя представленія и ощущенія получаютъ силу и значеніе внѣшнихъ впечатлѣній. Въ обаяніи разстроены отдѣльныя чувства; въ призракахъ разстроенъ мозгъ. Призраки могутъ касаться каждаго изъ пяти чувствъ; но наиболѣе достойны вниманія призраки зрѣнія и слуха. Галлюцинація зрѣнія, начиная съ пятенъ и искръ въ глазахъ, доходитъ до видѣнія самаго себя, духовъ и проч. Галлюцинація слуха, начиная съ шума въ ушахъ, доходитъ до слышанія

Digitized by Google

голосовъ и разговоровъ. Призраки, какъ уничтожающіе сознаніе различія нашего я отъ внѣшняго міра, весьма сродны съ сонностію. Для насъ преимущественно важна галлюцинація слуха, въ которой, подъ вліяніемъ повелительныхъ голосовъ, больной совершаетъ насильственныя дѣйствія, убійство и т. п.

II. Постоянныя болѣзненныя состоянія.

108. Сюда относятся психическія болѣзни, которыя до сихъ поръ надлежащимъ образомъ не изслѣдованы. Анатомическія, физіологическія и патолого-анатомическія изслѣдованія мозга и нервной системы до сихъ поръ не привели къ окончательному результату. Единственно практичный путь эмпирическаго наблюденія сопряженъ съ большими затрудненіями. Проведеніе границы между нормальнымъ и ненормальнымъ состояніемъ во многихъ случаяхъ почти невозможно. А что же сказать о притворномъ и утаеваемомъ сумасшествіи, преимущественно же о послѣднемъ, въ которомъ часто больные истинные мастера? Формы умственныхъ болѣзней столько же разнообразны, сколько безпредѣльна фантазія человѣка. Можно сказать, что нѣтъ страсти, нѣтъ идеи и мысли, которая не нашла бы своего представителя въ домѣ умалишенныхъ. Отсюда такъ трудна класификація душевныхъ болѣзней, которая впрочемъ, какъ мы уже замѣтили (*н.* 99), не имѣетъ для юриста существеннаго значенія. Съ нашей точки зрѣнія можно бы раздѣлить эти болѣзни на два главные отдѣла. Однѣ изъ этихъ болѣзней состоятъ въ разстройствѣ ума, лишаютъ человѣка сознанія, и вслѣдствіе того уничтожаютъ самоопредѣленіе воли: ибо гдѣ нѣтъ интеллигенціи, тамъ и свободная воля существовать не можетъ. Другія же болѣзни, уничтожая свобо-

Digitized by Google

ду воли, увлекаютъ волю непреодолимою силою, не затмѣвая сознанія. Таковы бѣшенство безъ бреда, *mania sine delirio* (*п.* 88) и нѣкоторые виды мономаніи. Мономанія есть частная душевная болѣзнь, которой отличительная черта состоитъ въ одной неотвязчивой мысли (*idée fixe*) или одномъ непреодолимомъ стремленіи, между тѣмъ какъ другія психическія функціи имѣютъ нормальное отправленіе, нпр. мысль, что насъ преслѣдуютъ (*manomanie de persécution*), непреодолимое стремленіе къ убійству (*monomanie homicide*), къ истребленію предметовъ (*Zerstörungstrieb*). Эти душевныя состоянія относятся именно ко второй группѣ, т. е. къ болѣзнямъ воли. Слѣдующій случай, приведенный Маркомъ (*De la folie*) а также Griesinger'омъ (Traité, стр. 311), можетъ служить осязательнымъ примѣромъ такого рода стремленій. Знаменитый химикъ и поэтъ Р., человѣкъ кроткаго нрава, явился добровольно въ домъ умалишенныхъ въ Парижѣ. Угнетаемый стремленіемъ къ убійству, онъ повергался ницъ передъ алтаремъ, молясь объ освобожденіи его отъ этого страшнаго влеченія, въ которомъ онъ не могъ дать себѣ отчета. Когда онъ чувствовалъ, что воля его клонится подвергнуться этому стремленію, то прибѣгалъ къ начальнику заведенія и давалъ себѣ связать два пальца ленточкою. И это было достаточно для успокоенія Р. Однако жъ онъ наконецъ сдѣлалъ покушеніе на убійство служителя.

109. Въ душевныхъ болѣзняхъ, преимущественно же принадлежащихъ къ первой группѣ, въ которой разсматриваются случаи уничтоженія сознанія и свободы воли, отличаютъ два противоположныя состоянія; *отупѣніе ума* и *напряженіе* его дѣятельности. Къ категоріи отупѣнія слѣдуетъ отнести *глухонѣмыхъ* отъ рожденія и лишившихся слуха и языка въ дѣтскомъ возрастѣ, если они не получили никакаго образова-

Digitized by Google

нія. Это есть состояніе умственной неразвитости вслѣдствіе болѣзненной причины, похожее на дѣтство. Внѣшній міръ составляетъ для нихъ всегда что то чуждое; они болѣе живутъ во внутренней своей сферѣ. Одиночно стоя среди міра, лишенные слуха и языка, двухъ важнѣйшихъ звѣньевъ, соединяющихъ со внѣшнимъ міромъ, этихъ самыхъ сильныхъ посредниковъ для развитія ума, эти люди ведутъ несчастную жизнь среди другихъ людей. Такъ какъ имъ недоступно царство звуковъ, которыми всего сильнѣе душа сообщается съ другою душою, то имъ чужды всѣ возвышенныя движенія ума; а тотъ, кого не оживляютъ высшія чувства, подвергается власти низкихъ. Вотъ причина, почему эти люди отличаются эгоизмомъ, односторонностію и упрямствомъ. Иногда они доходятъ до совершенства въ ремеслахъ; случаются даже между ними талантливые артисты. Но умственныя ихъ способности остаются обыкновенно на низкой ступени, ибо умственная связь съ міромъ, въ какой состоитъ даже деревенскій мальчикъ, для нихъ почти уничтожена. Самое тщательное воспитаніе обыкновенно прививаетъ имъ только неясныя понятія о религіи и нравственности. Самая искуственная и совершенная метода воспитанія и образованія, говоритъ Fodéré, не въ состояніи замѣнить природныхъ даровъ. Глухонѣмые очень рѣдко доходятъ до усвоенія отвлеченныхъ понятій, какъ не доступныхъ чувствамъ, и къ надлежащему уразумѣнію противозаконности и наказуемости дѣяній. Они весьма предрасположены къ увлеченію гнѣвомъ. Поэтому необразованный глухонѣмый, на подобіе слабоумнаго, не можетъ подлежать наказанію. Что же касается образованнаго, котораго положеніе почти такое какъ малолѣтняго, то слѣдуетъ полагать относительную смягченную отвѣтственность. Притомъ и въ этомъ случаѣ, должно бы, при лишеніи свободы, озаботиться болѣе прочнымъ образованіемъ ихъ (срав. Gianelli,

Digitized by Google

Cause che escludono la responsab., Milano, 1865, стр. 211 и слѣд; Veratti, *Capacità jurid. dei sordo-muti*, Modena, 1862).

110. Законодательства, вслѣдствіе неопредѣленности медицинскихъ и психологическихъ теорій, избѣгаютъ класификаціи умственныхъ болѣзней. Они ограничиваются обыкновенно указаніемъ общаго правила о невмѣняемости въ состояніи, уничтожающемъ свободу и сознаніе, или же приводятъ несомнѣнные случаи невмѣняемости, какъ это дѣлаютъ Уложенія 1845 и 1847 г.; дальнѣйшее же развитіе этихъ положеній предоставляютъ практикѣ. Болѣе всѣхъ ошибоченъ кодексъ французскій, который употребляетъ, по отношенію къ невмѣняемости, одно только выраженіе *démence* (ст. 64), необнимающее собственно ни состоянія совершеннаго пьянства, ни глухонѣмоты. То же самое находимъ въ испанскомъ и бразильскомъ кодексахъ. Касательно глухонѣмыхъ, нѣкоторыя законодательства полагаютъ отдѣльныя правила: Уложеніе Имп. (ст. 98) и Ц. П. (ст. 105), кодексы баденскій (ст. 77), брауншвейгскій (30, 60), дармштадскій (37), италіянскій (92), норвежскій (гл. 7, § 4) и прежній эстенскій (63), признаютъ невмѣняемость глухонѣмыхъ неразвитыхъ. Кромѣ того брауншвейгскій, италіянскій и эстенскій кодексы, въ случаѣ, если глухонѣмый дѣйствовалъ съ сознаніемъ, назначаютъ значительно смягченное наказаніе.

111. До сихъ поръ существуетъ споръ, по отношенію къ невмѣняемости въ случаѣ *частнаго помышательства*. Нѣкоторые только тогда допускаютъ его, когда дѣяніе состоитъ въ причинной связи съ сумасшествіемъ. Но какъ отдѣлить здравую часть души отъ больной, и первую подвергать отвѣтственности, другую же освобождать отъ нея? Какимъ образомъ обозначить сферу дѣятельности неотвязчивой мы-

Digitized by Google

сли *(idée fixe)* среди всѣхъ явленій души, чтобъ рѣшить: лежитъ ли побудительная причина противозаконнаго дѣянія внутри этой сферы или внѣ ея. Не смотря на то, кодексы шведскій (Гл. V, § 6) и италіянскій (95) опредѣляютъ, что въ случаѣ не полнаго сумасшествія виновный подвергается смягченному наказанію. Не менѣе споренъ вопросъ о *свѣтлыхъ промежуткахъ* (*lucida intervalla*). Вмѣняемость дѣяній, совершенныхъ въ такихъ промежуткахъ, находитъ до сихъ поръ своихъ защитниковъ. Это начало освящено законодательствами англійскимъ, австрійскимъ, испанскимъ и бразильскимъ. Другіе отрицаютъ самую возможность такихъ промежутковъ. Иные считаютъ ихъ весьма рѣдкимъ явленіемъ. Хотя и нельзя отрицать существованія такихъ промежутковъ; но на чемъ можно основать достовѣрность, что дѣянія, тогда совершенныя, суть обнаруженіе свободной воли? На томъ ли, что признаки сумасшествія въ то время не замѣтны? Неужели умственная болѣзнь производитъ только такія перемѣны въ организмѣ, которыя доступны нашимъ чувствамъ? Какъ различить излеченіе отъ временно затихшаго сумасшествія? Гдѣ несомнѣнность, что призраки, овладѣвающее умомъ, не имѣютъ вліянія во время промежутковъ? Замѣчательный случай указанъ Тайлоромъ (*Medical jurisprud.*, 1854). Одинъ юноша страдалъ особеннаго рода помѣшательствомъ: цѣлые дни всматривался въ вѣтреную мельницу. Его нарочно перевезли въ другую мѣстность, гдѣ не было мельницъ. Казалось, что онъ выздоровѣлъ. Но, по истеченіи нѣкотораго времени, онъ заманилъ въ лѣсъ дитя, и тамъ изрѣзалъ его въ куски. Какая же связь убійства со всматриваніемъ въ мельницы? Однако жъ оказалось, что онъ сдѣлалъ это съ надеждой, что для наказанія его переведутъ на родину, гдѣ есть мельницы.

Digitized by Google

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Невозможность вмѣненія и ея причины.

112. Разсматривая внутреннюю сторону преступленія, мы убѣдились, что существенныя ея условія — свободная воля и сознаніе; что слѣдовательно тотъ только способенъ совершить преступленіе и отвѣтствовать уголовно, кто имѣетъ два эти качества. Мы опредѣлили подробно обстоятельства, производящія невмѣняемость, при которыхъ человѣкъ по причинамъ, въ немъ самомъ существующимъ, не подлежитъ отвѣтственности. Но человѣкъ можетъ быть способнымъ къ отвѣтственности, находиться въ нормальномъ состояніи души, имѣть свободную волю и сознаніе; все таки его нельзя подвергнуть отвѣтственности за совершенное имъ дѣяніе, иначе говоря, *вмѣненіе* (*imputatio*, *Zurechnung*) не возможно по внѣшнимъ причинамъ, т. е. по тому, что въ данномъ случаѣ онъ дѣйствовалъ безъ сознанія или же безъ надлежащей свободы воли, — по тому, что случившееся не есть обнаруженіе его воли, что нѣтъ причинной связи между послѣдствіемъ и волею или предвидѣніемъ. Отсутствіе сознанія случается тогда, когда имѣетъ мѣсто *заблужденіе*, ограниченіе же свободы происходитъ вслѣдствіе *принужденія*, въ которомъ дѣйствующій дѣлается будто орудіемъ. Остановимся на этихъ двухъ причинахъ, исключающихъ вмѣненіе. Но прежде всего обратимъ вниманіе на *случай*, который считаютъ третьею причиною невмѣненія.

113. *Случай* не можетъ быть поставленъ на ряду съ причинами, уничтожающими отвѣтственность виновника вреднаго послѣдствія. Когда случай составляетъ причину такого

Digitized by Google

послѣдствія, тогда нельзя говорить о дѣяніи и сомнѣваться въ безотвѣтственности (срав.: ст. 99, 1470, 1495 ул. Имп.; ст. 100, 942, 968 ул. Ц. П.). Случай происходитъ тогда, когда изъ дѣянія вытекаетъ послѣдствіе, котораго лицо не могло предвидѣть, напр. когда кто въ мѣстѣ, отведенномъ для стрѣльбы, въ моментъ выстрѣла, вдругъ попадетъ на линію его и будетъ убитъ. Здѣсь нѣтъ никакой связи между волею и послѣдствіемъ, нѣтъ даже неосторожности; хотя и это случайное послѣдствіе не произошлобы, еслибъ лице не совершило преднамѣреннаго имъ дѣянія. Къ случаю относятся *actiones liberae in causa* и физическое принужденіе, вызванное природою или человѣкомъ (*vis absoluta, vis major*, *н.* 126), напр. когда, вслѣдствіе полученнаго отъ человѣка или отъ упадающей доски удара, я при паденіи раздавляю идущее возлѣ меня дитя.

114. Случай играетъ важную роль: 1) когда онъ связанъ съ преступнымъ дѣяніемъ, принятъ виновнымъ въ расчетъ и входитъ въ его планъ какъ одно изъ средствъ совершенія, напр. когда кто поджигаетъ нежилое строеніе, разсчитывая, что возстающій вѣтеръ перенесетъ огонь на сосѣднія жилыя строенія; или 2) какъ имѣющій вліяніе на увеличеніе или смягченіе наказанія, напр. если кто въ дракѣ, намѣреваясь только безвредно ударить другаго палкою въ голову, лишитъ его жизни этимъ ударомъ потому, что пораженный имѣлъ приливъ крови къ мозгу по поводу опьяненія; и наоборотъ когда кто намѣревался убить, и вмѣсто того только ранилъ потому, что топоръ не держался крѣпко насадки. При одинаковой силѣ удара палкой въ голову, одинъ ударитъ безвредно, другой причинитъ легкую рану, третій рану смертельную, четвертый смерть. Увеличеніе наказанія въ трехъ послѣднихъ случаяхъ оправдывается тѣмъ, что виновный могъ предвидѣть

Digitized by Google

послѣдствія болѣе вредныя чѣмъ имѣвшіяся имъ въ виду, и что, предпринимая противозаконное дѣяніе, предоставилъ часть послѣдствія случаю. Съ другой стороны, если случай вліяетъ на увеличеніе наказанія, то, содѣйствуя произведенію послѣдствія менѣе вреднаго противъ намѣреваемаго, онъ долженъ имѣть вліяніе на смягченіе наказанія, тѣмъ болѣе, что, согласно нашей основной теоріи (*и.* 41), для государства важнѣе послѣдствіе дѣянія, нежели само дѣяніе.

А. Заблужденіе.

I. Юридическое заблужденіе и невѣдѣніе закона.

115. Заблужденіе можетъ касаться или противозаконности дѣянія, или фактическихъ обстоятельствъ и послѣдствій дѣянія. О каждомъ изъ этихъ двухъ видовъ заблужденія скажемъ отдѣльно.

Юридическое заблужденіе состоитъ въ ложномъ пониманіи извѣстнаго намъ правила уголовнаго закона. Невѣденіе же закона значитъ, что дѣйствующій не знаетъ о запрещеніи закономъ даннаго поступка. Но различіе двухъ этихъ понятій не имѣетъ практическаго значенія. Въ существѣ они сходны, т. е. въ обоихъ случаяхъ нѣтъ надлежащаго знанія правила уголовнаго закона: ибо существенно то, что лицо незнало о противозаконности его дѣянія. Почему же оно этого не знало? потому ли, что ему законъ не былъ извѣстенъ? или потому, что хотя оно и знало законъ, но полагало, что данный случай не подходитъ подъ него? Это безразлично. Освобождаетъ ли невѣденіе или заблужденіе юридическое отъ отвѣтственности? Согласно нашей основной теоріи о преступленіи, о карательной власти и объ отношеніи между преступленіемъ и наказуемымъ дѣ-

Digitized by Google

яніемъ, мы не можемъ счесть знанія закона существеннымъ условіемъ противозаконности дѣянія. Уставъ не признаетъ подлежащими наказанію дѣяній, дотолѣ ненаказуемыхъ, а только освящаетъ существующую уже наказуемость. Вина и наказуемость существуютъ до изданія устава: наказуемость извѣстныхъ дѣяній независима отъ повеленій законодателя. Было бы излишне прибѣгать къ юридической фикціи, къ предположенію, что законъ, надлежащимъ образомъ обнародованный, по истеченіи даннаго времени, всѣмъ извѣстенъ. Хотя государство и обязано объяснить всѣмъ подданнымъ надлежащимъ образомъ о томъ, что оно намѣревается наказывать (*п.* 43); однакожъ наказаніе примѣняется не потому, что виновный зналъ о запрещеніи его дѣянія, а потому, что оно противно цѣлямъ государства и его законамъ, потому, что виновный противупоставилъ волю свою воли общества, общественному благу (*п.* 39). Что же противно цѣлямъ государства и общественному благу, о томъ приблизительно знаетъ въ цивилизованномъ обществѣ каждый, даже и менѣе образованный. Изъ преданія узнаетъ онъ, что́ зло и что́ добро; уголовный законъ только освящаетъ это преданіе, когда согласно ему запрещаетъ извѣстныя дѣянія. Если иногда законъ въ разладѣ съ преданіемъ, и вопреки ему считаетъ извѣстныя дѣянія не согласными съ общественнымъ порядкомъ и налагаетъ на нихъ наказанія; то о запрещеніи такихъ дѣяній почти каждый знаетъ, ибо свѣдѣніе о томъ быстро распространяется. Однакожъ наказаніе можетъ быть примѣняемо только тамъ, гдѣ есть вина. Кто знаетъ, что дѣяніе его запрещено закономъ, тотъ несомнѣнно виновенъ. Кто этого не знаетъ, тотъ можетъ быть виновенъ или нѣтъ, смотря по тому, имѣлъ ли онъ или не имѣлъ понятія о томъ, что дѣяніе его наказуемо; т. е. противно цѣлямъ государства. Изъ этого слѣдуетъ, что правило

Digitized by Google

„*legis ignorantia v. juris error nocet*“ (незнаніе закона или юридическое заблужденіе—вредно) — не безусловно (См. Rein, *Cr. Recht der Römer*, Leipz., 1844, стр. 214). Безусловное примѣненіе этого правила охуждали уже италіянскіе практики и нѣмецкіе коментаторы XV, XVI и XVII столѣтій. Въ римскомъ правѣ незнаніемъ закона могли извинятся въ извѣстныхъ случаяхъ: малолѣтніе, женщины, крестьяне и солдаты. Новѣйшія законодательства (какъ нпр. французскій и по большей части германскіе кодексы) или вовсе не упоминаютъ о юридическомъ заблужденіи, или положительно опредѣляютъ, что оно не извиняетъ; другія допускаютъ извѣстныя исключенія, какъ виртембергское, американское, гановерское (а именно въ ст. 84 n° 6 „когда по уважительному незнанію лицо считало свое дѣяніе дозволеннымъ“), англійское („когда лицо находилось въ невозможности узнать о повелѣніи закона“). Судебная практика указываетъ на случаи, въ которыхъ необходимо признать извиняющимъ обстоятельствомъ незнаніе закона; но это надобно предоставить усмотрѣнію судьи. Во Франціи былъ случай, что крестьянинъ, при содѣйствій двухъ сосѣдей, убилъ своего сына, одержимаго водобоязнію вслѣдствіе укушенія бѣшеною собакою. Они ссылались на существующій въ той мѣстности съ давнихъ временъ обычай, по которому такихъ бѣшеныхъ людей убивали. Они знали, что нельзя никого убивать, подъ страхомъ наказанія; но полагали, что это не касается настоящаго случая. Можно ли было наказать этихъ крестьянъ какъ убійцъ? Но такіе случаи не имѣютъ ничего общаго съ тѣми, въ которыхъ лицо знаетъ, что оно дѣйствуетъ вопреки закону, но думаетъ, что, по мнимымъ или дѣствительнымъ благороднымъ мотивамъ, законъ къ нему примѣненъ быть не можетъ. Кто убиваетъ другаго по религіозному фанатизму, не смотря на то, что знаетъ противозаконность своего дѣянія, тотъ ставитъ

Digitized by Google

волю свою выше воли общественной и блага общественнаго и долженъ за это отвѣчать. Заблужденіе касательно величины наказанія, или обстоятельствъ, усиливающихъ вину, не можетъ имѣть никакого значенія. Коль скоро кто совершилъ преступленіе съ сознаніемъ его противозаконности, тотъ долженъ подлежать опредѣленному закономъ наказанію, не смотря на то, полагалъ ли онъ, что то или другое наказаніе угрожаетъ ему, что то или другое обстоятельство увеличиваетъ наказаніе. Въ противномъ случаѣ примѣненіе того или другаго правила закона зависѣло бы не отъ суда, а отъ виновнаго.

II. Фактическое заблужденіе.

116. Чтобъ уяснить этотъ предметъ, до сихъ поръ излагаемый поверхностнымъ, не полнымъ или запутаннымъ образомъ, преимущественно по отношенію фактическаго заблужденія въ тѣсномъ смыслѣ, мы должны разсмотрѣть всякаго рода комбинаціи и говорить не только о занимающемъ насъ нынѣ фактическомъ заблужденіи, исключающемъ вмѣненіе, но и о тѣхъ случаяхъ, когда заблужденіе вліяетъ только на увеличеніе наказанія, или же не имѣетъ на него никакого вліянія. Фактическое заблужденіе состоитъ въ томъ, что лицо, совершая дѣяніе, полагаетъ, что оно дозволенное, или же менѣе или болѣе преступно, между тѣмъ какъ, по неизвѣстнымъ ему обстоятельствамъ, дѣяніе его становится преступнымъ или же подлежитъ болѣе или менѣе строгому наказанію; или, наконецъ, лицо полагаетъ, что совершаетъ преступленіе, между тѣмъ какъ дѣяніе его не преступно. Фактическое заблужденіе можетъ быть двоякаго рода:

1) *Смѣшанное заблужденіе*, которое составляетъ нѣчто среднее между юридическимъ и фактическимъ заблужденіемъ въ

Digitized by Google

тѣсномъ смыслѣ; это есть заблужденіе, вытекающее изъ незнанія правилъ, не входящихъ въ кругъ уголовныхъ законовъ;

2) *Фактическое заблужденіе въ тѣсномъ смыслѣ*; это есть такое заблужденіе, которое касается, или *средства* или *предмета* преступленія. Въ отношеніи средства какъ и въ отношеніи предмета фактическое заблужденіе можетъ касаться или ихъ качества или ихъ тождества. Кромѣ того фактическое заблужденіе можетъ относиться къ обстоятельствамъ, которыя по добросовѣстному убѣжденію субъекта даютъ ему право нарушить неприкосновенность другаго: нпр. *А* спитъ въ корчмѣ *Б*; ночью *А* просыпается и видитъ какъ *Б* на цыпочкахъ приближается къ нему съ ножемъ. *А* схватываетъ пистолетъ и стрѣляетъ въ *Б*; между тѣмъ послѣдній хотѣлъ только отрѣзать кусокъ сала, висящій возлѣ кровати *Б*. Тутъ *Б* ошибочно считалъ себя въ состояніи необходимой обороны: но такая ошибка уничтожаетъ вмѣненіе. Такъ какъ заблужденіе послѣдняго рода не требуетъ ближайшаго разбора; то мы ограничимся въ ученіи о фактическомъ заблужденіи вопросомъ объ ошибкѣ въ отношеніи средствъ и предмета.

117. 1) *Смѣшанное заблужденіе* состоитъ, какъ выше сказано, въ незнаніи правилъ, не принадлежащихъ къ сферѣ уголовнаго права. Кто считаетъ дѣйствительнымъ завѣщаніе, дѣлающее его наслѣдникомъ, хотя оно лишено существенныхъ формальностей, тотъ не можетъ быть признанъ обманщикомъ, если онъ растратитъ наслѣдство. Онъ находится собственно въ фактическомъ заблужденіи по отношенію къ своему качеству (считая себя ошибочно наслѣдникомъ), потому, что незнаетъ правилъ гражданскаго права о завѣщаніяхъ. Слѣдовательно здѣсь ближайшая причина противозаконности дѣянія лежитъ въ ложномъ пониманіи факта, что

Digitized by Google

происходитъ отъ ложнаго представленія о гражданскомъ законѣ. Въ этомъ случаѣ, хотя собственно и существуетъ, фактическое заблужденіе, но, вслѣдствіе сложности его характера, мы даемъ ему названіе средняго или смѣшаннаго, какъ касающагося и факта и закона. Такое же среднее заблужденіе происходитъ и въ томъ случаѣ, когда необразованный человѣкъ евангелическаго исповѣданія, будучи разлученъ съ женою католичкою отъ стола и ложа на неопредѣленное время, непонимая значенія этого разлученія, совершитъ прелюбодѣяніе. Такое среднее заблужденіе случается преимущественно въ случаяхъ многобрачія и ложной присяги и въ случаяхъ, когда для уразумѣнія противозаконности дѣянія необходимо знаніе утонченностей гражданскаго права.

118. 2) *Фактическое заблужденіе въ отношеніи средства.* Преступленіе есть внѣшнее дѣяніе, производящее вліяніе на предметы, окружающіе виновнаго. Это вліяніе совершается съ помощію средства, употребленнаго соотвѣтственно цѣли. Средство есть звѣно, соединяющее сверхчувственный элементъ, волю, съ чувственнымъ міромъ. Одно изъ главныхъ средствъ человѣкъ находитъ первоначально въ своемъ тѣлѣ, преимущественно же въ рукѣ, но онъ не довольствуется этимъ, и, изъ предметовъ, внѣ его находящихся, дѣлаетъ орудія своей воли, приводя ихъ въ движеніе. Средства или орудія могутъ несоотвѣтствовать цѣли, по поводу заблужденія, касающагося ихъ тождества или качества.

119. а) *Заблужденіе, касающееся тождества средства.* Кто, считая сѣрную кислоту водою, дастъ ее пить другому, или кто стрѣляетъ въ другаго, полагая, что ружье заряжено слѣпымъ патрономъ, тотъ неможетъ быть признанъ убійцей. Ему можно только, по мѣрѣ обстоятельствъ, вмѣнить неосмо-

Digitized by Google

трительность. Наоборотъ, если кто съ намѣреніемъ отравитъ другаго, подастъ ему по ошибкѣ воду вмѣсто сѣрной кислоты, или сахаръ вмѣсто мышьяку, тотъ не совершаетъ преступленія. Въ послѣднемъ случаѣ происходитъ по *негодности средства* такъ называемое *мнимое преступленіе* (*delictum putativum*, *Wahnverbrechen*) или *невозможное пр.* (*délit impossible*, *unmögliches Verbrechen*). Если же кто по ошибкѣ даетъ средство смертельное вмѣсто другаго, которымъ хотѣлъ только повредить здоровію, тотъ долженъ подлежать наказанію не за убійство, а за умышленное поврежденіе здоровья, сопряженное съ непреднамѣреннымъ лишеніемъ жизни. Въ противоположномъ случаѣ, когда кто, желая совершить убійство, по ошибкѣ подастъ средство, которое можетъ лишь вредить здоровью, тотъ долженъ быть наказанъ только за умышленное поврежденіе здоровья.

180. *б) Заблужденіе, касающееся качества средства.* Если кто, съ намѣреніемъ произвести оживляющее вліяніе на другаго, подастъ ему мышьяку, такъ какъ ему извѣстно, что мышьякъ производитъ такое вліяніе на лошадь; то онъ не можетъ быть признанъ отравителемъ, на равнѣ съ шарлатаномъ, который сверхестественными своими средствами убиваетъ больнаго. Тутъ можетъ быть только опредѣлено наказаніе за неосмотрительность противъ здравія и жизни. Наоборотъ, если кто, съ намѣреніемъ отравить свою жену, поднесетъ ей по ошибкѣ негодное средство, напр. мужъ проситъ у лекаря рецепта для полученія яду *kali cyanatum*, дѣйствующаго смертельно; но лекаръ, имѣя подозрѣніе его умысла, даетъ ему вмѣсто *kali cyanatum*—*kali ferro cyanatum*, дѣйствующее наравнѣ съ сахаромъ, которое мужъ и поднесетъ своей женѣ; то можно ли считать такое дѣяніе, совершенное помощію негоднаго средства, преступленіемъ?

Digitized by Google

Тутъ тоже существуетъ мнимое или невозможное преступленіе. Если же кто, съ намѣреніемъ отравить другаго, подастъ ему ртуть; съ того можно взыскать не за намѣренное убійство, а за поврежденіе здоровья, ибо таково только дѣйствіе ртути. Кто, съ намѣреніемъ изгнать плодъ, дастъ женщинѣ средство, по его мнѣнію безвредное для ея здоровья, и этимъ лишитъ ее жизни, того нельзя признать умышленнымъ убійцею.

121. Изъ приведенныхъ случаевъ явствуетъ, что заблужденіе касательно тождества или качества средства состоитъ въ томъ, что виновникъ или не совершаетъ преднамѣреннаго имъ преступленія, или же совершаетъ противозаконное дѣяніе, думая, что совершаетъ дозволенное; или, наконецъ, преступленіе виновника менѣе или болѣе тяжко противъ преднамѣреннаго имъ. Что касается заблужденія по отношенію къ тождеству средства, кромѣ этихъ четырехъ комбинацій, можетъ еще произойти такое заблужденіе, которое не имѣетъ никакого вліянія на наказаніе, нпр. когда кто съ намѣреніемъ отравить подастъ вмѣсто одного убійственнаго яда такой же другой [1]).

122. 3) *Фактическое заблужденіе въ отношеніи предмета:*
а) По отношенію къ тождеству или дѣйствительности предмета.

---

[1]) Эти комбинаціи заблужденія въ отношеніи тождества и качества средства (*н.* 118—121) можно выразить слѣдующею формулою, въ которой преступленіе означено числомъ *1*, большее преступленіе *1 A*, меньшее *1 a*, дѣяніе не подлежащее наказанію *0*.

Заблужденіе касательно тождества средства.			*Заблужденіе касательно качества средства.*
Намѣреваемое дѣяніе.		Послѣдствіе.	
1	:	*0*	(Тѣже комбинаціи, за исключеніемъ послѣдней).
0	:	*1*	
1 A	:	*1 a*	
1 a	:	*1 A*	
1	=	*1*	

Digitized by Google

Здѣсь существуютъ тѣ же самыя пять комбинацій, что и при заблужденіи по отношенію къ тождеству средства (*н.* 119, 121 и ссылка къ этому *н.*). Такимъ образомъ мы имѣемъ здѣсь слѣдующія пять комбинацій:

1⁰ Субъектъ полагаетъ, что совершаетъ преступленіе, между тѣмъ не дѣлаетъ ничего противозаконнаго по *негодности предмета* (*мнимое преступленіе*), напр. если кто насилуетъ свою жену, считая ее другою женщиною, или, если женщина, ошибочно считая себя беременной, употребитъ плодогонныя средства [1]).

2⁰ Лицо полагаетъ, что дѣяніе его дозволено, между тѣмъ послѣдствіе его противозаконно, напр. во время охоты находясь въ часъ утренняго тумана на стойкѣ, я стрѣляю по движущемуся въ дали предмету, полагая что это волкъ, котораго травятъ, и убиваю человѣка. Это случай противоположный мнимому преступленію. Здѣсь можно взыскать съ виновнаго только за неосторожность.

3⁰ и 4⁰ Принявъ одинъ предметъ вмѣсто другаго, виновный совершаетъ дѣяніе, менѣе или болѣе тяжкое противъ намѣреннаго имъ. *B* стрѣляетъ въ *A*, полагая, что это его отецъ; или наоборотъ стрѣляетъ въ своего отца, полагая, что это его врагъ *A*. Въ обоихъ случаяхъ при лишеніи жизни виновный долженъ быть наказанъ за простое убійство: въ первомъ потому, что онъ дѣйствительно совершилъ обыкновенное убійство, и что не могъ совершить на *A* отце-

---

[1]) Въ связи съ такимъ мнимымъ преступленіемъ состоятъ случаи, касающіеся сложныхъ преступленій (*н.* 186), гдѣ два предмета дѣйствія, и изъ нихъ однаго нѣтъ на лицо, напр. *A* бросается на *Б* и ранитъ его съ цѣлію взять у него деньги; между тѣмъ у *Б* не было денегъ. Здѣсь заблужденіе вліяетъ только на вмѣненіе менѣе важнаго преступленія (нанесенія раны, а не разбоя).

Digitized by Google

убійства [1]); во второмъ потому, что не имѣлъ намѣренія совершить отцеубійство. Такимъ же образомъ надобно рѣшить въ случаяхъ, когда кто либо принявъ одну женщину вмѣсто другой, въ замѣнъ намѣреваемаго кровосмѣшенія со своею родственницею совершитъ только прелюбодѣяніе, или наоборотъ вмѣсто прелюбодѣянія совершитъ кровосмѣшеніе. Въ обоихъ случаяхъ можно наказывать только за прелюбодѣяніе. Такимъ же образомъ должно отнестись къ случаямъ, когда кто зажигаетъ по ошибкѣ вмѣсто жилаго строенія нежилое или наоборотъ.

5⁰ Наконецъ виновный беретъ одинъ предметъ вмѣсто другаго, въ отношеніи коего можетъ быть совершено такое же преступленіе. Здѣсь ошибка можетъ не имѣть никакого вліянія на наказаніе, потому что юридическая обстановка обоихъ предметовъ одинакова, напр. *А* совершаетъ кровосмѣшеніе съ сестрою своею *В* вмѣсто сестры своей *С*, или убиваетъ своего брата *Р* вмѣсто своего брата *С*. *Х* изнасиловалъ недостигшую 14-лѣтняго возврата *Е*, вмѣсто такой же малолѣтней *Ф*; *К* убиваетъ *Л*, полагая, что это его врагъ *М*. Во всѣхъ этихъ случаяхъ заблужденіе по отношенію къ предмету не вліяетъ нисколько на уголовное значеніе дѣянія. И такъ въ послѣднемъ случаѣ существуетъ намѣреніе убить; воля къ этому направлена; дѣяніе совершается противъ человѣка. Виновный хотѣлъ убить находящагося вблизи его человѣка того самаго, въ котораго вы-

---

[1]) Совершенно противуположнаго начала придерживается Улож. Имп. (ст. 1456) и Улож. Ц. П. (928), придавая слишкомъ большое значеніе внутренней сторонѣ преступленія въ сравненіи съ ея обнаруженіемъ. Смотр. *Проектъ новаго уложенія о наказ.* (1845 г.), соображенія къ ст. 1861.

Digitized by Google

стрѣлилъ. Между волею и дѣйствіемъ существуетъ внутренняя причинная связь; воля до мгновенія произведенія послѣдствія поддерживаетъ эту связь и господствуетъ надъ дѣяніемъ. Кто хочетъ убить человѣка и убиваетъ его, не перестаетъ быть убійцею потому, что убилъ Ивана вмѣсто Петра. Тутъ, собственно говоря, заблужденіе касается только *мотивовъ поступка*. Выстрѣлилъ ли *K* въ *Л* потому, что полагалъ, что это его врагъ *M*; или же выстрѣлилъ онъ въ *Л* потому, что считалъ его своимъ врагомъ, хотя *Л* не былъ къ нему непріязненно расположенъ, — эти побужденія не имѣютъ рѣшительнаго значенія, и во всякомъ случаѣ *K* убійца.

Случаи, подъ 3⁰ 4⁰ и 5⁰ указанные, составляютъ заблужденіе по отношенію къ предмету въ тѣсномъ смыслѣ т. е. такъ называемый *error in corpore*, *in persona* [1]), т. е. случай *смѣшенія* (*Verwechslungsfall*).

123. *б) По отношенію къ качеству предмета.* Заблужденіе фактическое существуетъ тогда, когда дѣйствующее лицо не знаетъ о качествахъ предмета, придающихъ или отнимающихъ дѣянію противозаконный характеръ, или же обстоятельствъ увеличивающихъ или уменьшающихъ степень виновности. Кто, считая впавшаго въ обморокъ мертвымъ, броситъ его въ воду и утопитъ, тотъ не убійца. Кто пронзитъ кинжаломъ трупъ, считая его живымъ, или кто покинетъ младенца, не зная, что онъ родился мертвымъ, тотъ не можетъ

[1]) Формулы, помѣщенныя нами въ ссылкѣ къ *п.* 121 относительно заблужденія касательно тождества или качества средства, служатъ и для изображенія заблужденія въ отношеніи тождества или качества предмета.

Digitized by Google

подлежать наказанію, ибо онъ совершаетъ только мнимое преступленіе. Кто совершитъ прелюбодѣяніе съ лицомъ, съ которымъ по неизвѣстной ему близости степени родства онъ не могъ бы вступить въ бракъ, тотъ не можетъ быть наказанъ за кровосмѣшеніе. Въ противоположномъ случаѣ, когда совершающій прелюбодѣяніе полагаетъ, что совершаетъ кровосмѣшеніе потому, что считаетъ себя состоящимъ съ другимъ лицомъ въ ближайшей степени родства, тотъ тоже не можетъ быть наказанъ за кровосмѣшеніе, а только за прелюбодѣяніе.

121. Отъ *смѣшенія* (*error in corpore*) слѣдуетъ отличать *уклоненіе дѣйствія* (*aberratio delicti, actus*) вслѣдствіе случая, напр. *А* цѣлится въ *В*, и попадаетъ въ *Б*; или же *А* точно цѣлится въ *В*, но убиваетъ *Б*, потому, что тотъ вдругъ попалъ на черту выстрѣла. Тутъ нѣтъ заблужденія: тутъ можетъ существовать только неосмотрительность. Воля не была направлена противъ предмета, на который обратилось послѣдствіе; намѣреніе и дѣяніе были направлены противъ другаго предмета. *А* убиваетъ человѣка, котораго въ минуту дѣйствія онъ не видѣлъ, противъ котораго не направлялъ своего дѣянія. Онъ убиваетъ человѣка, котораго не желалъ убить даже принимая его ошибочно за другаго. *Внѣшняя причинная связь* между волею, дѣйствіемъ и послѣдствіемъ существуетъ здѣсь непрерывно, но *внутренняя связь* ихъ пресѣкается въ минуту *уклоненія*. Послѣдствія, произведенныя съ того мгновенія, уже не состоятъ въ связи съ волею, уже перестаютъ быть для ней средствами къ достиженію цѣли, звѣньями соединяющими волю и дѣяніе. Послѣдствія здѣсь случайны. За случай отвѣчать нельзя. Но *А* хотѣлъ убить *В*, и сталъ приводить въ исполненіе свое намѣреніе; внѣшнее обстоятельство препятствовало исполненію. Слѣдова-

Digitized by Google

тельно *A* долженъ подвергнуться наказанію за покушеніе, сопровождаемое неосторожностію, если она можетъ быть ему вмѣнена, нпр. когда *A* въ торопяхъ не мѣтко прицѣлился къ *B*, и вслѣдствіе того попалъ въ *C*.

135. Разсмотрѣвъ всѣ случаи заблужденія въ отношеніи тождества или качества средства, равно какъ и въ отношеніи тождества или качества предмета, мы видимъ, что къ занимающему насъ нынѣ ученію о невмѣненіи въ каждой изъ этихъ четырехъ категорій относятся преимущественно случаи *мнимаго преступленія* (формула *1 : 0*). Сюда тоже отчасти относятся въ каждой изъ этихъ категорій случаи противуположные минимому преступленію (*0 : 1*), т. е. когда кто, полагая, что совершаетъ дозволенное дѣяніе, производитъ противозаконное послѣдствіе: въ этихъ случаяхъ дѣяніе можетъ быть невмѣнено субъекту, или же повлечь за собою только наказаніе за неосмотрительность. Прочія же комбинаціи касаются собственно вопроса о мѣрѣ наказаній, какъ вліяющія только на степень взысканія. Что касается мнимаго преступленія, которое здѣсь преимущественно насъ занимаетъ, а именно указанныхъ четырехъ его случаевъ, то мы должны сдѣлать общее замѣчаніе, что безнаказанность мнимаго преступленія основывается преимущественно на томъ, что здѣсь только намѣреніе зло и противозаконно, дѣяніе же не заключаетъ въ себѣ ничего противозаконнаго. Слѣдовательно примѣняя наказаніе въ этомъ случаѣ, значило бы наказывать за мысли: ибо здѣсь внѣшнее дѣяніе, совершенное субъектомъ, не можетъ по существу предмета быть признано дѣйствительнымъ обнаруженіемъ преступнаго умысла. Въ противномъ случаѣ слѣдовало бы наказывать за мнимое преступленіе и тогда, когда кто стрѣляетъ въ тѣнь или въ маннекина, которые субъектъ считалъ

Digitized by Google

живыми лицами, или когда кто стрѣляетъ изъ обыкновеннаго ружья, въ разстояніи одной версты (сравн. *н.* 189).

126. Положительныя законодательства по предмету о заблужденіи представляютъ двѣ противуположныя системы: французскую и германскую. Кодексъ французскій и основанныя на немъ законодательства умалчиваютъ о заблужденіи фактическомъ и объ уклоненіи, и, слѣдовательно, предоставляютъ разрѣшеніе этихъ вопросовъ юриспруденціи. Германскіе же кодексы по большей части, какъ напр. виртембергскій, прусскій и баденскій, опредѣлительно выражаются, что ошибка или незнаніе обстоятельствъ, условливающихъ наказаніе или усиленіе его, уничтожаютъ вмѣненіе вины или увеличивающихъ ее обстоятельствъ. Слѣдуя этой системѣ, дѣйствующее законодательство (Ул. Имп. ст. 99; Ул. Ц. П. ст. 106) не вмѣняетъ въ вину дѣянія противнаго закону, происшедшаго отъ случайной ошибки или отъ обмана. Такія подробныя указанія были бы излишни, если бы законъ полагалъ общее правило, что нѣтъ отвѣтственности, когда лицо дѣйствовало безъ злаго умысла и не по неосторожности. Нѣкоторые нѣмецкіе и швейцарскіе кодексы—какъ виртембергскій (ст. 72), баденскій (110, 111), брауншвейгскій (40), дармштадскій (67), цюрихскій 1835 г. (43), люцернскій 1836 г. (38),—и италіянскій (536), въ случаѣ употребленія негодныхъ средствъ, наказываютъ за покушеніе. Кромѣ того три первые полагаютъ такое же наказаніе въ случаѣ негодности предмета. Вслѣдствіе неопредѣленности редакціи ст. 121 Ул. Имп. и соотвѣтственной ст. 122 Ул. Ц. П., иногда на практикѣ примѣнялось наказаніе въ случаѣ негодности средствъ. Эта статья исправлена въ Имперіи закономъ 9 марта 1864 г. (ст. 115 Улож. изданія 1866 года).

Digitized by Google

Б. Принужденіе.

127. Принужденіе, стѣсняющее и насилующее волю человѣка, можетъ быть двоякаго рода: *физическое* (*vis absoluta*, *vis major*) или *психическое* (*vis compulsiva*). Физическое принужденіе можетъ быть произведено нетолько другимъ лицомъ, но и животными или неодушевленными предметами природы, которымъ противустоять невозможно. Дикій звѣрь бросается на человѣка и раздавляетъ имъ другаго; *A* падаетъ изъ окошка на *B* и убиваетъ его. Въ этихъ случаяхъ человѣкъ стоитъ на равнѣ съ безсмысленнымъ орудіемъ, управляемымъ непреодолимою силою. Здѣсь невозможно говорить о дѣяніи, тѣмъ болѣе о преступленіи и наказаніи. Такое принужденіе въ преступныхъ содѣяніяхъ (*delicta commissionis*) почти никогда не совершается человѣкомъ, напр. невозможно чтобъ кто-либо насильно водилъ рукою другаго для подписанія какого нибудь акта. Но такое принужденіе можетъ скорѣе случиться въ упущеніяхъ (*d. omissionis*), напр. если кто запретъ беременную женщину въ уединенномъ мѣстѣ для того, чтобъ она родила безъ всякой помощи, и, чтобъ такимъ образомъ ребенокъ лишился жизни; или если кто лишитъ другаго свободы для того, чтобъ онъ не могъ, согласно требованію закона, донести о преднамѣреваемомъ преступленіи. Поэтому значеніе физическаго принужденія въ ученіи о вмѣненіи весьма ограниченно; преимущественно заслуживаетъ здѣсь вниманія психическое принужденіе. Дѣйствующему вслѣдствіе непреодолимаго физическаго принужденія только въ такомъ случаѣ дѣяніе могло бы быть вмѣнено, когда бы онъ умышленно поставилъ себя въ такое положеніе, въ которомъ бы по внѣшнему принужденію

Digitized by Google

долженъ былъ нарушить законъ, — что трудно предполагать.

128. Психическое принужденіе есть дѣяніе внѣшнее, произведенное на умъ такимъ образомъ, что воля лица, хотя и подверженная внѣшнему вліянію, дѣйствуетъ, и, такимъ образомъ, возможность выбора не уничтожена. Это принужденіе есть мотивъ, побуждающій къ совершенію правонарушенія съ цѣлью избѣгнуть угрожающаго намъ зла. Если же, вслѣдствіе такого принужденія, субъектъ впалъ въ безпамятство или лишился сознанія, и, слѣдовательно, свободной воли, то тогда онъ уже находился бы въ состояніи невмѣняемости. На равнѣ съ физическимъ, и въ психическомъ принужденіи внѣшнее вліяніе можетъ быть произведено, или другимъ лицомъ, или природою. Въ обоихъ случаяхъ зло или только угрожаетъ или начинаетъ уже совершаться. Кромѣ того въ первомъ т. е. въ принужденіи, произведенномъ другою волею, дѣяніе, совершенное для предотвращенія угрожающаго намъ зла, можетъ быть исполнено или въ слѣдствіе требованія угрожающаго, или, что чаще случается, съ цѣлью избѣгнуть нападенія. Согласно тому психическое принужденіе можетъ быть троякаго рода: *угрозы*, *нападеніе* и *состояніе крайней необходимости*.

129. Въ философіи и теоріи уголовнаго права подлежитъ спору вопросъ о томъ: сохраняетъ ли человѣкъ въ этихъ трехъ случаяхъ принужденія самоопредѣленіе, или свободу воли, которая подвержена только извѣстному ограниченію? или же лишается ли здѣсь человѣкъ вполнѣ этой свободы и слѣдовательно находится въ состояніи невмѣняемости? Ученіе о томъ, что свобода психическая не можетъ быть уничтожена внѣшнимъ вліяніемъ, находитъ ны-

Digitized by Google

нѣ болѣе послѣдователей между криминалистами нежели между философами. Нѣкоторые утверждаютъ: что страхъ или угрозы могутъ лишить свободы воли, если при напряженіи всѣхъ силъ духа нельзя преодолѣть хотѣнія, вызваннаго принужденіемъ со стороны природы или другаго лица; что здѣсь состояніе субъекта похоже на состояніе высокой степени афекта или психической болѣзни. Но, если мы исключимъ случаи принужденія, уничтожающаго вмѣняемость, то мы должны согласиться, что лицо, не теряющее присутствія духа и сознанія въ состояніи принужденія, сохраняетъ свободу выбора между совершеніемъ и не совершеніемъ преступленія. Въ такомъ случаѣ дѣяніе есть въ самомъ дѣлѣ дѣяніе этого лица, ибо оно дѣйствуетъ съ надлежащимъ сознаніемъ. Съ разу кажется, что принужденіе и свобода воли взаимно исключаютъ другъ друга и совмѣстно существовать не могутъ. Однако жъ здѣсь лицо сохраняетъ возможность двоякаго рода рѣшимости: или покориться угрожающей опасности или же совершить правонарушеніе. Такимъ образомъ, не смотря на внѣшнее насиліе, человѣкъ сохраняетъ власть надъ своими дѣяніями [1]). Но, если здѣсь дѣяніе можетъ быть вмѣнено человѣку предъ лицомъ нравственности, должно ли полагать и юридическое вмѣненіе? Можетъ ли въ такомъ случаѣ законъ юридическій взыскивать за содѣянное правонарушеніе? Нравственность въ числѣ идеальныхъ качествъ требуетъ и неустрашимости, господства духа надъ тѣломъ, самоотреченія и даже самопожертвованія, лишь бы только для

---

[1]) Поэтому Carmignani (*Elementi del diritto crim.*, § 204) называетъ такія дѣянія добровольными и принужденными *„azioni coatte e volontarie“*. Въ этомъ онъ послѣдовалъ мнѣнію Павла: *„Quamvis si liber essem noluissem, tamen coactus volui“* l. 21, § 5, Dig. 4, 2.

Digitized by Google

спасенія себя не причинить другому зла. Но можетъ ли законодатель быть столь взыскателенъ къ каждому члену общества? можетъ ли онъ требовать героизма и мученичества? можетъ ли онъ не брать въ расчетъ слабость человѣческой природы и требовать безусловно исполненія своихъ повелѣній, хотябы и сопряженнаго съ большею опасностію? Нѣтъ, законъ не ищетъ утопій: онъ скорѣе требуетъ тѣни добродѣтели, нежели самой добродѣтели, *„conatum magis et quasi adumbrationem virtutis“*, какъ говоритъ Cremani. Поэтому законодательства всѣхъ народовъ не вмѣняютъ противозаконныхъ дѣяній, совершенныхъ для спасенія дѣйствующаго или другихъ лицъ. Но такое уничтоженіе вмѣненія не есть безусловное. Оно обозначено извѣстными предѣлами и условіями, какъ это увидимъ, разсматривая поочередно каждый изъ видовъ нравственнаго принужденія: угрозы, нападеніе и крайнюю необходимость.

I. Угрозы.

180. Здѣсь дѣло идетъ о томъ случаѣ, когда кто угрозами доводитъ другаго до совершенія преступленія. Угрожаемый, исполняя подъ вліяніемъ страха требованіе угрожающаго, не всегда можетъ избѣгнуть наказанія. Тутъ надобно съ одной стороны взвѣсить бо́льшую или меньшую опасность, которой подверженъ угрожаемый; съ другой—величину содѣяннаго имъ правонарушенія. Относительная важность опасности и правонарушенія можетъ быть опредѣлена только въ каждомъ случаѣ отдѣльно; при чемъ слѣдуетъ обратить вниманіе на индивидуальность субъекта. Вообще, можно сказать, что преступленіе не должно быть вмѣнено тому, кто считалъ его единственнымъ средствомъ избѣгнуть противозаконно угрожающаго ему зла. Иначе го-

Digitized by Google

воря, правонарушеніе не влечетъ за собою отвѣтственности, когда субъектъ къ совершенію его былъ принужденъ такимъ противозаконнымъ вліяніемъ, для преодолѣнія котораго необходима необыкновенная сила духа; слѣдовательно, если субъектъ могъ другимъ образомъ избѣгнуть опасности, напр. посредствомъ неунизительнаго бѣгства [1]), тогда дѣяніе должно быть вмѣнено, и принужденіе можетъ только вліять на смягченіе наказанія. Вообще можно сказать съ Giuliani (*Instituzioni di diritto crim.*, I, 185), что преступленіе, содѣянное подъ вліяніемъ принужденія, должно быть оставлено безъ наказанія, если угрожающая опасность была противозаконна, важна и неизбѣжима. Эту безнаказанность слѣдуетъ распространить на случаи, когда зло угрожаетъ близкому намъ лицу: ибо здѣсь, кромѣ эгоистическаго интереса, дѣйствуетъ болѣе возвышенный мотивъ—привязанность къ лицу, соединенному съ нами кровью или нравственными узами. Дѣйствующее законодательство (Ул. Импр. 100; Ул. Ц. П. 107) не вмѣняетъ въ вину содѣяннаго только тогда, когда жизни виновника угрожала неотвратимая другими средствами опасность. Законодательства англійское, Сѣверо-Американскихъ Штатовъ и германскія по большей части, ограничиваютъ безнаказанность случаями, когда дѣло идетъ о спасеніи жизни или тѣла [2]) лица подверженнаго принужденію, или близ-

---

[1]) Нельзя во вредъ другому давать образчикъ рыцарскаго мужества. Любопытно здѣсь ученіе Бартола: „Спрашиваю, если ты могъ бѣжать, но не бѣжалъ? Отвѣчаю: другое дѣло, если ты Перузіецъ (изъ Перуджія), который боится стыда....; но что касается того, который не боится стыда, какъ Флорентіецъ, если онъ не бѣжитъ (что рѣдкость), то долженъ быть наказанъ. См. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurez. soc.*, Pisa, 1831, II, 240.

[2]) *Death or other bodily harm; life or member; the loss of life or limb; Leib und Leben.*

Digitized by Google

каго ему другаго лица. Но, кромѣ того, можетъ случиться: что опасность угрожаетъ свободѣ; что лицо, привлеченное въ уединенное мѣсто, будетъ угрозою лишить его свободы принуждено къ составленію подложнаго документа и т. д. Однако жъ угрозы причиненіемъ имущественнаго вреда очень рѣдко могли бы уничтожать вмѣненіе. Въ этомъ отношеніи значеніе принужденія и страха гораздо обширнѣе въ гражданскомъ правѣ (срав. ст. 1112 код. Нап.), чему причина очевидна. Болѣе соотвѣтственны другія законодательства, какъ напр. прусское, австрійское, баварское, французское, италіянское и бразильское, которыя подагаютъ только общее правило: или что нѣтъ преступленія, когда свобода дѣйствующаго уничтожена принужденіемъ; или, что нѣтъ преступленія, если дѣйствующій былъ принужденъ непреодолимымъ образомъ. Испанскій кодексъ (ст. 8 n° 10) равнымъ образомъ не вмѣняетъ содѣяннаго изъ опасности большаго зла. Тюрингенскій же не вмѣняетъ содѣяннаго даже и тогда, когда опасность угрожала какому нибудь другому лицу. Только ошибочное понятіе филантропіи могло повести къ такому правилу, дозволивъ спасать одного чужаго намъ человѣка посредствомъ причиненія вреда другому. Трудно даже полагать, чтобъ кто нибудь могъ заставить другаго что либо сдѣлать посредствомъ угроженія зломъ лицу чуждому ему, напр. чтобъ кто либо сталъ требовать отъ лекаря, чтобъ онъ оскопилъ другаго, угрожая въ противномъ случаѣ выстрѣлить въ прохожаго.

181. Въ связи съ принужденіемъ состоитъ вопросъ: каково значеніе *приказа* совершить преступленіе? Мы понимаемъ здѣсь приказъ, данный начальникомъ подчиненному, отцемъ, господиномъ или опекуномъ подвластнымъ имъ. Приказаніе не можетъ стоять на равнѣ съ психическимъ при-

Digitized by Google

нужденіемъ. Подчиненный не обязанъ исполнять противозаконный повелѣнія; притомъ онъ не находится въ положеніи лица, увлеченнаго къ преступленію угрозами. Его побуждаетъ къ повиновенію такъ называемый *metus reverentialis*, который можетъ имѣть только значенія уменьшающаго вину обстоятельства. Нѣкоторые германскіе кодексы, какъ напр. баварскій, считаютъ приказъ обстоятельствомъ, уничтожающимъ вмѣненіе, когда подчиненный чиновникъ исполняетъ приказаніе начальника, составляющее превышеніе власти.

II. Нападеніе (необходимая оборона).

182. Второй видъ психическаго принужденія существуетъ тогда, когда кто противозаконно дѣлаетъ намъ насиліе, для отвращенія котораго мы прибѣгаемъ къ такъ называемой необходимой оборонѣ. Въ случаѣ же обыкновенной угрозы, угрожаемый не дѣлаетъ никакого сопротивленія, и подъ вліяніемъ страха исполняетъ волю угрожающаго. Въ необходимой оборонѣ вынуждаемый отстаиваетъ себя отъ нападающаго, котораго требованіе можетъ быть направлено и къ тому, чтобъ нападаемый совершилъ преступленіе. Но обыкновенно нападающій имѣетъ другую цѣль: онъ посягаетъ на жизнь, здравіе или имущество.

183. Законность необходимой обороны старались доказать различнымъ образомъ. До половины минувшаго столѣтія, основываясь на Священномъ Писаніи, считали ее обязанностію, возложенною на насъ религіею, неисполненіе же ея грѣхомъ. Воззрѣнія позднѣйшихъ философовъ пошли въ двухъ направленіяхъ. Одни утверждали, что право необходимой обороны есть *право первоначальное* человѣка, право предшеству-

Digitized by Google

ющее государственному быту. Человѣкъ, входя въ государственный организмъ, отказался отъ этого права, но съ условіемъ, что государство окажетъ ему надлежащую защиту. На томъ же воззрѣніи основана и теорія, считающая необходимую оборону однимъ изъ случаевъ *крайней необходимости*, въ которомъ исчезаетъ всякое юридическое отношеніе. Послѣдователи втораго направленія основываются на ученіи Гегеля о ничтожествѣ уголовной неправды (см. *и.* 346). Отрицаніе неправды должно быть сдѣлано государствомъ; но тамъ, гдѣ на дѣятельность государства разсчитывать нельзя, это отрицаніе должно быть предоставлено индивиду, какъ присущее ему право, ибо государство не можетъ желать, чтобъ беззаконіе ставилось на мѣсто закона. Согласно первому направленію лицо есть *источникъ* права, согласно второму оно *представитель* права. Первое воззрѣніе основано на фикціи дообщественнаго состоянія и общественнаго договора. Второе воззрѣніе не объясняетъ, почему отрицаніе неправды должно быть поручено вынуждаемому. Справедливо, что необходимая оборона есть право, присущее человѣку; но исполненіе его условлено необходимостію, т. е. тѣмъ, чтобъ нападаемый не могъ другимъ образомъ уклониться отъ опасности. Случаи такой необходимости неизбѣжимы, ибо дѣятельность государства противъ беззаконія, состоящая въ реакціи посредствомъ наказанія или въ предупрежденіи, не можетъ быть примѣняема въ нападеніи, гдѣ силой надобно противудѣйствовать силѣ. Право необходимой обороны вытекаетъ изъ врожденнаго человѣку чувства: это, какъ говоритъ Цицеронъ (*pro Mil.*, с. 4),—*lex nata non scripta*. Пока въ данномъ народѣ частная месть сохраняетъ свою силу, необходимая оборона поглащается местію и не можетъ имѣть самостоятельнаго значенія. Съ исчезновеніемъ мести вездѣ выдвигается право необходимой обороны. Законодательства всѣхъ наро-

Digitized by Google

довъ и временъ освятили ее, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, приняли одни и тѣже существенныя его правила.

134. Необходимая оборона существуетъ тогда, когда несправедливо нападаемый,—дѣйствуя съ убѣжденіемъ, что онъ прибѣгаетъ къ единственной мѣрѣ для отвращенія настоящей опасности,—совершаетъ противъ нападающаго дѣяніе, имѣющее внѣшніе признаки преступленія. Необходимая оборона есть право посредствомъ силы отражать несправедливое нападеніе, отъ котораго иначе уклониться нельзя. Изъ такого понятія истекаютъ три существенныя условія необходимой обороны и ея безнаказанности: *1*) *незаконность нападенія*, *2*) *наличная опасность* и *3*) *невозможность избѣгнуть ея другимъ образомъ*.

135. 1) *Незаконность нападенія.* Оборона дозволяется только противъ того, кто дѣлаетъ незаконное нападеніе. Если же дѣлающій нападеніе имѣетъ на это право, то нельзя тогда говорить объ оборонѣ. Дѣти въ отношеніи къ родителямъ, малолѣтніе въ отношеніи къ опекунамъ, ученики въ отношеніи къ мастерамъ, имѣющимъ дисциплинарную власть, не пользуются необходимою обороною, исключая тѣхъ случаевъ, когда бы эти лица превысили предѣлы своей власти, напр. еслибъ отецъ хотѣлъ убить своего сына. Изъ этого перваго условія слѣдуетъ еще и то, что нападающій не пользуется необходимою обороною, если вынуждаемый дѣйствовалъ законно, т. е. въ предѣлахъ служащаго ему права; въ противномъ случаѣ нападающій можетъ въ свою очередь обороняться. Если кто словесно обидитъ другаго, тотъ не имѣетъ права бить его, и послѣдній можетъ защищаться. Равнымъ образомъ, если вынуждаемый преодолѣетъ нападающаго

Digitized by Google

и неперестанетъ поражать его, то послѣдній можетъ пользоваться необходимою обороною.

136. 2) *Наличная опасность.* Нападеніе должно заключаться въ предстоящей опасности, т. е. должно быть приводимо въ исполненіе, или неминуемо и несомнѣнно угрожать. Кто, проходя лѣсомъ, видитъ убійцу прицѣливающагося въ него, тотъ можетъ тотчасъ предупредить выстрѣлъ. Долженъ ли онъ ожидать выстрѣла? Нельзя пользоваться обороной противъ опасности будущей, которая тотчасъ неугрожаетъ. Впрочемъ граница между будущею и неминуемою настоящею опасностію можетъ быть обозначена только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Нельзя тоже дозволять необходимой обороны тогда, когда предметъ нападенія совсѣмъ для нападаемаго потерянъ и находится уже въ спокойномъ обладаніи нападающаго, и когда, слѣдовательно, можетъ быть возвращенъ только посредствомъ новаго нападенія, которое уже имѣло бы вполнѣ характеръ насильнаго самоуправства. Совсѣмъ другое если вещь еще вполнѣ не потеряна, если напр. владѣлецъ только преслѣдуетъ бѣгущаго вора. Въ случаѣ сопротивленія вора владѣлецъ можетъ пользоваться необходимою обороною. Но стрѣляніе по бѣгущемъ ворѣ не есть необходимая оборона.

137. 3) *Невозможность избѣгнуть опасности другимъ образомъ.* Нѣтъ необходимой обороны когда опасность предотвратима государствомъ, когда въ минуту опасности можно найти дѣйствительную защиту со стороны государства. Вообще вынуждаемый долженъ прибѣгать преимущественно къ ненасильственнымъ мѣрамъ (напр. запереть въ комнатѣ нападающаго), разумѣется на сколько это средство было ему извѣстно и на сколько онъ находилъ возможность употребить его. Кто завѣдомо изъ двухъ средствъ обороны безвредному

Digitized by Google

средству предпочитаетъ то, которое нарушаетъ право, тотъ не можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности. Кто посредствомъ неунижающаго его и несопряженнаго съ опасностію бѣгства можетъ уклониться отъ нападенія, тотъ не находится въ состояніи необходимой обороны. Объ этомъ забываютъ поклонники противуположнаго мнѣнія, какъ Бернеръ (*Archiv des Cr. Rechts*, 1848 г., стр. 578) и Wessely (*Befugniss der Nothwehr*, Prag, 1862, стр. 64), которые главнымъ образомъ основываются на томъ, что принуждаемый имѣетъ за себя правду, правда же не должна уступать неправдѣ; или какъ Temme (*Lehrb. des preus. Str. Rechts*, Berlin, 1853, стр.214) и Levita (*Recht der Nothwehr*, Giessen, 1856, стр.238), которые въ требованіи бѣгства видятъ: сочувствіе къ нападающему, опасеніе, чтобъ ему не было причинено зло, обязываніе къ трусости и запятнаніе чувства чести беззаконіемъ.

138. При стеченіи упомянутыхъ трехъ условій необходимая оборона можетъ быть употреблена для защиты неприкосновенности *всякаго рода правъ*. Здѣсь существенно не свойство угрожаемаго права, а защита правды противъ неправды. Усматриваемое нѣкоторыми различіе между *вознаградимыми* и *невознаградимыми благами* не можетъ имѣть здѣсь никакого значенія, да притомъ оно и неопредолимо. Было бы смѣшно воспрещать оборону нашей собственности потому, что это—благо по существу своему вознаградимое. Неужели должно позволить нападающему удалиться свободно съ похищенною имъ собственностію? Исчисленіе правъ, для защиты которыхъ необходимая оборона дозволена,—излишне и невозможно. Къ этимъ правамъ преимущественно принадлежитъ неприкосновенность личности и имущества; слѣдовательно можно защищать владѣніе, сервитуты, залогъ противъ должника, и т. д. Неприкосновенность

Digitized by Google

личности касается жизни, здравія, свободы, чести и домашняго спокойствія. Кто другаго незаконно держитъ въ заключеніи, тотъ совершаетъ постоянное нападеніе на его свободу: заключенный можетъ, для освобожденія себя, разбить окна, стѣны, двери. Но возможна ли необходимая оборона въ словесныхъ и символическихъ обидахъ? Можетъ случиться, что намѣреніе нанести обиду явствуетъ изъ внѣшнихъ признаковъ, и предстоящее нападеніе на честь можетъ быть предотвращено. Въ такомъ положеніи находится тотъ, кто предупреждаетъ обидную для него демонстрацію, кто выхватываетъ изъ рукъ другаго экземпляры оклеветывающей его рукописи или изображенія. Что касается имущественныхъ правъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, незначительная стоимость предмета нападенія исключаетъ возможность обороны; но съ другой стороны существо необходимой обороны, какъ защиты правды противъ неправды, не можетъ зависѣть отъ опредѣленной цѣнности. Притомъ понятіе маловажной стоимости относительно и неопредѣленно. Этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ судьею по мѣрѣ обстоятельствъ.

139. Находящемуся въ состояніи необходимой обороны каждое лицо, не угрожаемое нападеніемъ, можетъ нести помощь, и дѣяніе его должно быть разсматриваемо по правиламъ о необходимой оборонѣ. Здѣсь главнымъ образомъ дѣло идетъ о противудѣйствіи нападенію, а не о томъ, кто противудѣйствуетъ. Третье лицо не обязано ожидать призывая его на помощь; вынуждаемый можетъ даже не знать объ угрожающей ему опасности.

140. Право необходимой обороны не безпредѣльно. Хотя нападающій, не смотря на свойство угрожаемаго права, можетъ прибѣгать ко всѣмъ средствамъ обороны, и даже

Digitized by Google

убить нападающаго, однако жъ средства эти должны быть соразмѣряемы съ нападеніемъ и величиною опасности. Къ болѣе энергическимъ мѣрамъ можно обратиться только тогда, когда нападающему недостаточны менѣе вредныя. Оборона должна быть пресѣчена съ пресѣченіемъ нападенія, когда принуждаемый уже долженъ бы дѣйствовать наступательно. *Превышеніе необходимой обороны* (excessus defensionis) заслуживаетъ наказанія. Вышелъ ли вынуждаемый за ея предѣлы, была ли соблюдена ея мѣра? этотъ вопросъ долженъ быть предоставленъ разрѣшенію судьи, ибо это можетъ быть опредѣлено только въ данномъ случаѣ, сообразно индивидуальности обороняющагося, его темпераменту и степени раздраженія, вызваннаго опасностію. Обороняющійся не можетъ подлежать наказанію, если онъ дѣйствовалъ такъ, какъ по его убѣжденію и по обстоятельствамъ слѣдовало дѣйствовать. Наказаніе за превышеніе необходимой обороны должно быть смягчено по поводу раздраженія и волненія, въ какомъ обороняющійся вѣроятно находился.

141. *Превышеніе необходимой обороны* можетъ быть *преждевременное, современное* или *послѣдующее*. Первое случается тогда, когда опасность еще не предстоитъ. Я вижу вора, приставляющаго лѣстницу къ окошку моей комнаты и убиваю его выстрѣломъ. Современное превышеніе есть превышеніе необходимой обороны въ тѣсномъ смыслѣ: я могу связать грабящаго меня, между тѣмъ я убиваю его. Послѣдующее превышеніе случается послѣ побѣжденія нападающаго. Современное есть количественное, послѣдующее есть качественное превышеніе. Преждевременное превышеніе есть собственно предупрежденіе обороны. Преждевременное совершается изъ страха; современное—въ разгарѣ борьбы; послѣдующее—изъ гнѣва и мести. Превышенія необходимой

Digitized by Google

обороны не надобно смѣшивать съ *предлогомъ* ея (*nudus praetextus defensionis*), т. е. когда нѣтъ существенныхъ условій необходимой обороны, и виновный только хочетъ, ссылкою на мнимое нападеніе, освободиться отъ отвѣтственности. Такой предлогъ можетъ имѣть законное значеніе тогда, когда субъектъ въ самомъ дѣлѣ ошибочно считалъ себя находящимся въ опасности. Такое дѣяніе должно быть разсматриваемо по началамъ о вліяніи фактическаго заблужденія на наказаніе.

142. Почти всѣ законодательства освятили необходимую оборону не только *себя*, но и *другихъ лицъ*. Код. португ. [1]) указываетъ только общее правило. Кодексы дармшт., баден. и англійское законодательство полагаютъ необходимымъ условіемъ невозможность предотвратить опасность другимъ образомъ. Въ отношеніи свойства угрожаемаго права, нѣкоторые кодексы, какъ прусскій, дозволяютъ только необходимую оборону личности [2]). Кодексы франц. (329), италіян. (559, 560) бразил. (14) и англійское право признаютъ необходимую оборону и противъ врывающагося ночью въ строеніе или огражденное мѣсто [3]); кромѣ того два первые кодекса распространяютъ это и на нападеніе на собственность, сопряженное съ насиліемъ лицу, что однако жъ подходитъ уже подъ нападеніе на лицо. Германскіе кодексы по большей части допускаютъ необходимую оборону собственности; нѣ-

---

[1]) Art. 14, 3°: Nenhum acto é criminoso, quando foi obrigado pela necessidade actual de legitima defeza de si ou de outra pessoa.

[2]) Прусская доктрина и юриспруденція подъ выраженіемъ *защиты себя* (*von sich selbst*) въ ст. 41 прус. код. понимаютъ въ извѣстномъ объемѣ и защиту имущества. Golddammer, *Material.*, I, 418; Oppenhoff, в. п. м., § 41, н. 5.

[3]) Уже древнія законодательства, какъ моисеево (Исходъ, XXII, 1, 2) и аттическое, считаютъ безнаказаннымъ нанесеніе смертельныхъ ранъ при оборонѣ собственности.

Digitized by Google

которые же изъ нихъ (виртемб. ст. 102, дармш. 46, тюрин. 66 и баварскій, 72) признаютъ ее при преслѣдованіи вора или разбойника похитившаго собственность. Три первые изъ упомянутыхъ кодексовъ говорятъ о небоходимой оборонѣ и въ обидахъ дѣйствіемъ (*bei gewaltthätigen Angriffen auf die Ehre*). Гановерскій, кажется, относитъ это и къ обидамъ словеснымъ или символическимъ (*Rettung v. Ehre*, ст. 78). Дѣйствующее законодательство (Ул. Имп. 101, 102, 103; Ул. Ц. П. 108, 109, 110), по образцу ст. 129 бавар. код. 1813 г., не вмѣняетъ въ вину причиненія ранъ, увѣчья или смерти для отраженія нападенія на жизнь, здравье, на цѣломудріе и честь женщины, на свободу, или при вторженіи съ насиліемъ въ жилище оборонявшагося, или же когда преступникъ застигнутъ при похищеніи или поврежденіи имущества. Самая лучшая редакція испанскаго кодекса (ст.8), который опредѣляетъ: что необходимая оборона дозволяется *для защиты себя и своихъ правъ*, но съ условіемъ, чтобъ мѣры, принятыя для отраженія нападенія, были необходимы, и чтобъ обороняющійся не далъ основательнаго повода къ нападенію. Такимъ образомъ, какъ справедливо замѣчаетъ Pacheco (*Codigo*, I, 156), такіе обширные предѣлы необходимой обороны не могутъ имѣть вредныхъ послѣдствій. Правило бразил. код. сходно съ испанскимъ. Превышеніе необходимой обороны безнаказанно по большей части въ германскихъ кодексахъ.

143. Код. вирт., браунш. и гановер., въ случаѣ убійства или причиненія раны нападающему, дѣйствующее же законодательство во всякомъ случаѣ, возлагаютъ на обороняющагося обязанность *донести* о томъ начальству; но дѣйств. законодательство въ случаѣ недонесенія не опредѣляетъ наказанія. Levita (в. п. м. 279) считаетъ донесеніе излишнимъ, Geyer (*Lehre von der Nothwehr*, Jena, 1857, стр. 48) — несо-

Digitized by Google

ответственнымъ. Но такого донесенія требуетъ полицейскій порядокъ; притомъ оно можетъ предовратить заподозрѣніе противъ невиннаго.

III. Состояніе крайней необходимости.

144. Оно существуетъ тогда, когда кто для избѣжанія наличной опасности, угрожающей отъ силъ природы, совершаетъ преступленіе, составляющее единственное средство спасенія. Состояніе находящагося въ крайней необходимости походитъ на состояніе лица, подверженнаго принужденію или нападенію: во всѣхъ этихъ случаяхъ нужно геройское самоотверженіе для удержанія себя отъ дѣянія, нарушающаго права другаго лица и для подверженія себя угрожающему злу. Но въ двухъ послѣднихъ случаяхъ опасность вызывается преступнымъ дѣяніемъ другаго, между тѣмъ какъ въ крайней необходимости причиною, побуждающею къ нарушенію правъ другаго, суть силы природы. Кромѣ того, дѣйствующему подъ вліяніемъ угрозы принуждающій указываетъ опредѣлительно средство уклониться отъ опасности; въ состояніи же необходимости мы выбираемъ это средство самостоятельно. Въ необходимой оборонѣ мы защищаемъ право противъ беззаконія; въ состояніи крайней необходимости охраняемъ наше право посредствомъ нарушенія правъ другаго. Въ необходимой оборонѣ нарушеніе правъ другаго непротивузаконно; въ состояніи крайней необходимости оно оправдывается психологически, и по этому оно безнаказанно, но не непротивузаконно. Нѣкоторые, какъ Кантъ, выводили эту безнаказанность изъ обязанности самосохраненія или изъ недѣйствительности угроженія наказаніемъ, или же изъ отсутствія злой воли. Но обязанность самосохраненія не можетъ быть исполняема во вредъ правамъ другаго лица.

Digitized by Google

Недѣйствительность же угрозы—вещь случайная. Притомъ такое воззрѣніе не согласно съ представленіемъ Канта о наказаніи, какъ безусловномъ требованіи практическаго разума (см. *к.* 341). Что же касается отсутствія злой воли, должно обратить вниманіе на то, что въ уголовномъ правѣ болѣе имѣетъ значенія преднамѣренное послѣдствіе нежели цѣль. Безнаказанность, преимущественно если дѣло идетъ о спасеніи жизни, основана главнымъ образомъ на указанной уголовною политикою необходимости брать въ расчетъ слабость человѣческой природы и невозможность требовать геройства.

145. Въ состояніи крайней необходимости можетъ быть нарушено безнаказанно чужое право для охраненія нетолько жизни и здравія, но и собственности, съ тѣмъ однако жъ условіемъ, чтобъ спасаемое нами благо въ качественномъ отношеніи было важнѣе нарушаемаго нами блага. Утопающій выхватываетъ у другаго, претерпѣвшаго кораблекрушеніе, доску, и тотъ погибаетъ. Моряки во время бури бросаютъ въ море ввѣренные имъ товары. Жители города, состоящаго изъ деревянныхъ домовъ, разрушаютъ домы смежные съ объятымъ пожаромъ строеніемъ, съ цѣлью пресѣчь распространеніе огня. Въ этихъ трехъ случахъ столкновенія,—между двумя личностями, между личностію и собственностію, между собственностію и собственностію, — лишеніе другаго жизни или истребленіе его собственности противузаконны; но они безнаказанны по поводу крайней необходимости. Къ случаямъ столкновенія между двумя личностями слѣдуетъ отнести перфорацію, т. е. убіеніе и вынятіе по частямъ плода изъ утробы матери, и опасную операцію, называемую *цесарскимъ сѣченіемъ*, когда мать по поводу слишкомъ тѣснаго таза не можетъ родить. Къ той или другой

Digitized by Google

операціи слѣдуетъ прибѣгать по мѣрѣ того, на что соглашается мать, и которая изъ нихъ соотвѣтственнѣе, нпр. если по поводу слишкомъ узкаго таза нельзя вынуть плода даже посредствомъ перфораціи, или если по состоянію здоровья матери слѣдуетъ полагать, что цесарское сѣченіе было бы для нея смертельнымъ.

146. Въ противуположномъ отношеніи двухъ правъ, т. е. еслибъ кто для охраненія менѣе важнаго права нарушалъ чужое болѣе важное право, нпр. еслибъ купецъ для охраненія своихъ товаровъ во время бури бросалъ путешественниковъ въ море; то такое дѣяніе не могло бы быть безнаказаннымъ. Для того, чтобъ посредствомъ матеріальнаго вреда спасти жизнь другимъ лицамъ, не нужно геройство.

147. Изъ правила о безнаказанности нарушенія правъ другаго въ состояніи крайней необходимости исключаются случаи, когда извѣстное лицо по обязанности должно подвергать себя опасности, нпр. чиновникъ, солдатъ, матросъ. Здѣсь состояніе необходимости не уничтожаетъ отвѣтственности за содѣянное правонарушеніе.

148. Возбуждается вопросъ, какъ согласовать начала крайней необходимости съ началами необходимой обороны? можно ли допускать послѣднюю противъ дѣяній противозаконныхъ, совершенныхъ въ состояніи необходимости? Кажется на это слѣдовало бы отвѣчать утвердительно, такъ какъ мы признали, что основаніе необходимой обороны болѣе законно, нежели основаніе крайней необходимости. Если же однако жъ дѣло идетъ о спасеніи жизни посредствомъ нару-

Digitized by Google

шенія чужой собственности, то нельзя сомнѣватся, что сопротивленіе со стороны хозяина вещи не могло бы имѣть характера необходимой обороны. Жизнь человѣка должна пользоватся бо́льшею защитою законовъ нежели имущество. Другое дѣло, еслибъ кто для спасенія своей жизни жертвовалъ жизнію или здравіемъ другаго: здѣсь непремѣнно необходимая оборона должна быть дозволена.

149. Права другаго могутъ быть нарушены въ состояніи необходимости, не только для охраненія правъ нашихъ но и *другихъ лицъ*, лишь бы только не представлялся другой способъ спасенія ихъ. Кто напримѣръ, будучи въ состояніи спасти другаго собственными средствами отъ голода, крадетъ хлѣбъ у третьяго лица, тотъ совершаетъ кражу: ибо онъ по отношенію къ послѣднему не находится въ состояніи крайней необходимости. Можно для спасенія жизни одного нарушить свободу или честь другаго, но не здравіе его: ибо нарушеніе здравія можетъ быть смертельно. Нельзя также спасать жизнь одного пожертвованіемъ жизни другаго: ибо и та и другая жизнь имѣетъ одинаковую цѣнность предъ лицомъ закона, исключая еслибъ спасающій предвидѣлъ вмѣстѣ съ тѣмъ и собственную опасность, или еслибъ спасаемое имъ лицо было близко ему.

150. Уже римское право предвидѣло нѣкоторые случаи состоянія крайней необходимости, какъ напр. опасность во время мореплаванія и пожара. Каноническое право западной церкви полагаетъ вообще безнаказанность дѣяній, совершенныхъ въ этомъ состояніи; оно освобождаетъ отъ наказанія за воровство, совершенное голоднымъ или нагимъ („*propter necessitatem panis aut nuditatis*“), и опредѣляетъ только трехнедѣльное покаяніе (cap. 4, X, *de reg. jur.*).

Digitized by Google

Состояніе необходимости не указано въ код. австр., франц. итальян. и въ дѣйств. законод., но оно можетъ быть подведено подъ состояніе непреодолимаго принужденія, о какомъ говорятъ эти законодательства (*н.* 130). Код. испан. извиняетъ правонарушеніе, содѣянное для избѣжанія большаго зла. Тоже самое находимъ въ бразил. код.; но онъ присоединяетъ условія: чтобы зло угрожало навѣрно, чтобъ не было другаго средства менѣе вреднаго, и, чтобъ употребленное средство было правдоподобно дѣйствительно. Указываніе этихъ условій излишне, ибо все здѣсь зависитъ отъ обстановки дѣянія и индивидуальности дѣйствующаго. Германскіе кодексы, за исключеніемъ австрій., бавар. и прусс., опредѣляютъ подробныя правила, извиняя правонарушеніе для охраненія нашей жизни или жизни и здравія *близкихъ* намъ *лицъ* (*Angehörige*). К. норв. (VII, § 5) и дармштад. (45) въ случаѣ спасенія жизни другихъ, *чуждыхъ* дѣйствующему лицъ, извиняютъ только нарушеніе чужой собственности. Такою казуистикою эти кодексы слишкомъ стѣсняютъ сферу безнаказанности. Здѣсь надобно еще сказать, что нѣкоторые изъ германскихъ кодексовъ вмѣняютъ дѣяніе, если состояніе необходимости вызвано субъектомъ или есть послѣдствіе его преступленія. Это начало одобряетъ Гейбъ (*Lehrb.*, стр. 223). Такимъ образомъ, еслибъ неумѣющій плавать, пошелъ купаться на глубокое мѣсто, и спасъ свою жизнь посредствомъ поврежденія чужаго здоровья, то онъ доженъ бы подлежать наказанію. То же самое надобно сказать о ворѣ, который, въ случаѣ вспыхнувшаго пожара въ мѣстѣ совершаемой имъ кражи, спасая свою жизнь, причинилъ бы вредъ здоровію другаго (ср. Leonhardt, *Comment. ueb. Cr. G. B. f. Hann.*, I, 364).

151. Соображенія, доказывающія обязанность доносить о случаяхъ необходимой обороны (*н.* 143), касаются и такой же

Digitized by Google

обязанности, указанной к. вюртемб. и брауншвейг., по отношенію къ состоянію необходимости и принужденія.

ОТДѢЛЕНІЕ IV.

Вина и ея степени.

A. Ближайшее опредѣленіе воли и предвидѣнія.

152. Указавъ случаи, въ которыхъ человѣку, хотя и одаренному свободою и сознаніемъ, вина не можетъ быть вмѣнена, мы опредѣлили вмѣстѣ съ тѣмъ, что̀ не входитъ въ область вины. Остается теперь разсмотрѣть ближе вину, ея существо и ея оттѣнки. Для этой цѣли должно прежде всего дать себѣ ясный отчетъ въ томъ, что̀ мы разумѣемъ подъ именемъ свободы и сознанія, этихъ двухъ существенныхъ условій вины и отвѣтственности.

153. Мы сказали, что вина простирается такъ далеко какъ и предвидѣніе (*н.* 86). Но какое свойство этого предвидѣнія? долженъ ли преступникъ предвидѣть *необходимость* или только *возможность послѣдствій* своего дѣянія? и долженъ ли онъ предвидѣть ихъ со всѣми подробностями? Дѣяніе состоитъ въ произведеніи вліянія на окружающіе субъектъ предметы, въ приведеніи въ движеніе силъ природы (*н.* 63). Послѣдствіе не лежитъ исключительно во власти человѣка, слѣдовательно человѣкъ не въ состояніи навѣрно предвидѣть будущее, т. е. то, что̀ должно случиться, что̀ имъ предначертано. Еслибъ, какъ говоритъ справедливо Бекеръ (*Theorie*, l. c., § 20) только тогда полагать преступленіе,

Digitized by Google

когда виновный предвидѣлъ послѣдствіе съ безусловною несомнѣнностію, то никакое человѣческое дѣяніе не было бы преступно. Для существованія преступленія достаточно предвидѣніе возможности послѣдствія. Здѣсь не нужно, не только предвидѣніе необходимости послѣдствія, но даже и индивидуальное убѣжденіе субъекта, что онъ предвидѣлъ эту необходимость. Еслибъ такое убѣжденіе требовалось для состава преступленія, то преступленіе было бы почти невозможно: виновный могъ бы извиняться предлогомъ, что онъ предвидѣлъ возможность невозникновенія послѣдствія; и онъ былъ бы правъ. Зажигатель могъ бы основательно сказать: правда, я учинилъ поджогъ; но я зналъ, что кто нибудь можетъ это замѣтить и заблаговременно принять мѣры къ потушенію пожара; что стѣна, подъ которую положены горючія вещества, была влажна; что время было пасмурно и дождь могъ итти и т. д.

154. Нѣтъ надобности, чтобъ виновный предвидѣлъ послѣдствіе *со всѣми подробностями*, и чтобъ послѣдствіе было совершенно согласно съ предвидѣніемъ. Такое точное предвидѣніе подробностей равнымъ образомъ невозможно, какъ и предвидѣніе необходимости. Менѣе или болѣе неточное, общее предвидѣніе должно признать здѣсь достаточнымъ. Вина не существуетъ только тамъ, гдѣ вовсе нѣтъ предвидѣнія. Для отвѣтственности, для существованія вины безразлично, лишилъ ли *A* жизни *B* первымъ, вторымъ или третьимъ ударомъ; первый ли или третій ударъ, какъ предвидѣлъ *A*, былъ смертеленъ? Достаточно, чтобъ субъектъ предвидѣлъ рѣшительное послѣдствіе своего дѣянія какъ возможное, хотя бы онъ ошибочно воображалъ себѣ подробности, напр. еслибъ первый ударъ былъ смертеленъ и дальнѣйшіе были уже излишни.

Digitized by Google

155. Какова должна быть воля какъ существенное условіе преступленія? Необходимо ли для вмѣненія, чтобъ субъектъ *хотѣлъ*, желалъ предвидѣннаго и наступившаго послѣдствія? Или же преступленіе существуетъ и тогда, когда субъектъ *соглашался* на послѣдствіе, произведенное его дѣяніемъ? Или же преступленіе существуетъ и тогда, когда воля проявляется *невоздержаніемъ отъ дѣянія*, вызвавшаго предвидѣнное, но нисколько нежелаемое субъектомъ, послѣдствіе? Во всѣхъ этихъ случаяхъ отношеніе воли къ послѣдствію такого свойства, что бытіе преступленія не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію. Въ каждомъ изъ этихъ предположеній есть употребленіе свободы во зло, есть противупоставленіе единичной воли воли общественной. Употребленіе воли во зло, слѣдовательно и основаніе для наказанія, существуетъ всегда, когда индивидъ желаетъ и дѣйствуетъ, хотя знаетъ, что желаемое и содѣянное имъ противно цѣлямъ государства и общественному интересу. Для большей наглядности этихъ случаевъ возмемъ нѣсколько примѣровъ.

156. *A* нападаетъ на спящаго *B*, зарѣзываетъ его, и послѣ того похищаетъ найденные при немъ вещи и деньги. Здѣсь послѣдствіе согласно съ *прямо опредѣленнымъ умысломъ*.

Лекарь *C* для полученія наслѣдства послѣ своего родственника *Б*, который умирая оставилъ беременную жену, даетъ ей плодогонное средство. Онъ знаетъ, что это средство сильное, что оно можетъ лишить ее жизни; онъ не желаетъ убить ее и не имѣетъ въ этомъ никакого интереса. Вслѣдствіе принятія лекарства вдова *Б* умираетъ. Виновный согласился на послѣдствіе *условно* (*eventualiter*), хотя

Digitized by Google

и не желалъ его. Слѣдовательно онъ дѣйствовалъ *безъ* прямо *опредѣленнаго умысла.*

К ловкій стрѣлокъ, держитъ пари съ *Л*, что онъ въ разстояніи 30 шаговъ прострѣлитъ ему шапку. Выстрѣлъ пронзилъ мозгъ *Л*. *К* былъ его другомъ, не желалъ причинить ему зла; но зналъ, что можетъ промахнуться. Въ этомъ случаѣ *К* предвидѣлъ противозаконное послѣдствіе; однако жъ по *безпечности* не воздержался отъ дѣянія.

Если различіе этихъ трехъ ипотезъ не имѣетъ никакого значенія по отношенію къ бытію преступленія, то оно важно по отношенію къ мѣрѣ наказанія. Въ первомъ случаѣ вина важнѣе нежели во второмъ, во второмъ важнѣе нежели въ третьемъ.

157. Представляется вопросъ: исчерпываютъ ли три указанныя комбинаціи сферу вины? а именно можетъ ли подлежать наказанію дѣяніе, совершенное безъ надлежащаго сознанія послѣдствій? Здѣсь уже можетъ существовать употребленіе во зло свободы, равно какъ и въ томъ случаѣ когда кто завѣдомо предпринимаетъ дѣяніе, противное общественному интересу. Подъ именемъ злоупотребленія свободы мы понимаемъ такіе случаи: когда человѣкъ, будучи обязанъ разузнать что нибудь, не исполнилъ этой обязанности; когда онъ не хотѣлъ быть предусмотрительнымъ, внимательнымъ. Кто не обдумываетъ послѣдствій своего дѣянія, не смотря на возложенную на него государствомъ въ этомъ отношеніи обязанность, и, вмѣсто того, поддается небрежности, ослабляетъ энергію своей дѣятельности и внимательности, тотъ не оказываетъ надлежащаго повиновенія закону и не можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности. Это самая низшая ступень вины, состоящая въ томъ, что субъектъ *дѣйствовалъ, не зная*, или *хотѣлъ, хотя не зналъ*, хотя не имѣлъ надле-

Digitized by Google

жащаго сознанія, а долженъ былъ предвидѣть послѣдствіе своего дѣянія. Такая вина состоитъ въ *неосмотрительности*, въ *неосторожности*, въ необращеніи вниманія. Неосторожность составляетъ переходъ между виною и невинностію: не каждая неосторожность наказуема.

158. Такимъ образомъ мы убѣждаемся въ томъ, что человѣкъ долженъ подлежать отвѣтственности, не только тогда, когда желалъ послѣдствія (или согласился на него) и предвидѣлъ его, но и тогда когда оказался *небрежнымъ*. Это небреженіе можетъ быть совершено двоякимъ образомъ: 1) или субъектъ нехотѣлъ послѣдствія, но предвидѣлъ его (*безпечность*); 2) или же, предпринимая безвредное дѣяніе, не старался предвидѣть возможнаго вреднаго послѣдствія, не дѣйствовалъ съ надлежащею предусмотрительностію (*неосторожность, неосмотрительность*).

Слѣдовательно мы приходимъ къ различенію четверной формы вины: виновный предвидѣлъ и хотѣлъ извѣстнаго послѣдствія (*прямой, опредѣленный умыселъ*); предвидѣлъ и согласился на одно изъ предвидѣнныхъ имъ послѣдствій (*неопредѣленный, разнообразный, перемѣнный умыселъ*); предвидѣлъ послѣдствіе, но не желалъ его (*безпечность*); не желалъ послѣдствія, но долженъ былъ его предвидѣть (*неосмотрительность*). Эти четыре вида вины можно подвести подъ два главные: *умышленной* (dolus) и *неумышленной* (culpa). Два первые случая относятся къ умышленной, два вторые — къ неумышленной винѣ. Умышленная состоитъ въ томъ, что злое послѣдствіе дѣянія было преднамѣренно, неумышленная же — въ томъ, что оно не было намѣренно. Въ умышленной дѣяніе само по себѣ противозаконно; въ неумышленной, не дѣяніе, а только послѣдствіе его противозаконно.

Digitized by Google

Б. Вина умышленная.

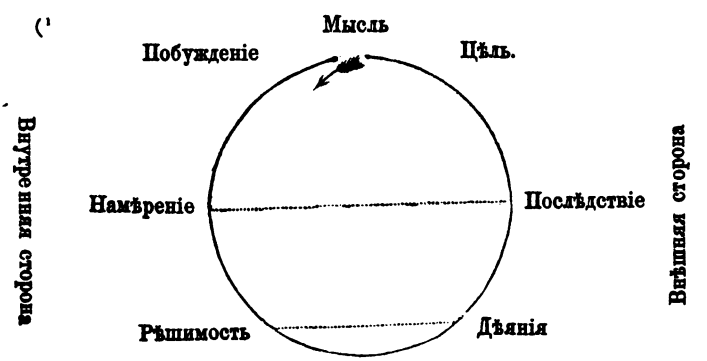
159. Этотъ видъ вины представляетъ во всей полнотѣ два ея существенныя условія: волю и сознаніе. Въ неумышленной винѣ эти условія выступаютъ только частично. Для того, чтобъ надлежащимъ образомъ уразумѣть вину, мы должны разсмотрѣть ея внутреннее движеніе и развитіе, пока она не проявится во внѣшнемъ мірѣ, въ дѣяніи. Съ этою цѣлью мы обратимъ вниманіе на развитіе вины умышленной, какъ самаго полнаго типа вины.

Три главныя способности нашего духа суть: *чувство*, *мышленіе* и *воля*. Всѣ эти способности принимаютъ поочередно преобладающее участіе въ развитіи вины. Когда человѣкъ заключенъ въ себѣ самомъ и удовлетворенъ, тогда не возбуждается въ немъ никакого стремленія проявить себя вовнѣ, тогда человѣкъ не дѣйствуетъ. Только *ощущеніе* какой нибудь *потребности* направляетъ умъ къ произведенію дѣянія, возбуждаетъ желаніе произвести перемѣну во внѣшнемъ мірѣ. Удовлетвореніе такимъ образомъ ощущенной потребности (мести, обладанія и т. д.) становится *побужденіемъ* и вмѣстѣ съ тѣмъ цѣлью дѣянія. Для удовлетворенія этой потребности *мысль* обдумываетъ, предвидитъ, указываетъ, что можетъ служить къ достиженію этой цѣли (*замыслъ*). Подъ вліяніемъ мысли, *воля* устремляется къ произведенію извѣстнаго послѣдствія во внѣшнемъ мірѣ (къ убитію врага, обворованію сосѣда). Такимъ образомъ происходитъ *намѣреніе* (*intention, Absicht*). Для осуществленія этого общаго намѣренія, воля вооружается извѣстною степенью энергіи (*рѣшимость, résolution, Vorsatz*), причемъ вмѣстѣ съ тѣмъ обдумываются средства и обстоятельства дѣянія (напр. я рѣшаюсь лишить врага жизни посредствомъ подпиленія мостика

Digitized by Google

на глубокой рѣкѣ, черезъ который должна возвращаться жертва *A* ночью;—войти посредствомъ крюка на квартиру сосѣда,и уворовать у него шкатулку съ деньгами и т. д.). Эти три дѣятеля вины осуществляются вовнѣ въ противуположномъ порядкѣ. Субъектъ обращаетъ свою дѣятельность на единичный пунктъ внѣшняго міра (подпиливаетъ балку моста). Такимъ образомъ прежде всего осуществляется преступная *рѣшимость*. *A* входитъ на мостъ; сила тяготѣнія производитъ подломку моста и паденіе *A* въ глубину воды; и наконецъ желаемое *послѣдствіе* — смерть *A*. Тутъ уже осуществляется преступное *намѣреніе*. Но это намѣреніе—только средство для *цѣли*, состоящей въ удовлетвореніи индивидуальной потребности, жажды мщенія. Такимъ образомъ цѣль становится началомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ концомъ (*finis*) внутренняго развитія и внѣшняго обнаруженія воли. Этотъ внутренній и внѣшній прогресъ движенія, согласно схемѣ указанной Баумейстеромъ (*Bemerkungen zur Strafgesetzgebung*, Leipzig, 1847, стр. 6) [1]), можно себѣ вообразить

(1



Digitized by Google

какъ кругъ, котораго первое и послѣднее звѣно есть побужденіе или цѣль, среднія же звѣнья: по внутренней сторонѣ намѣреніе и рѣшимость, по внѣшней — дѣяніе и послѣдствіе.

160. *Цѣль* есть душа всей внутренней и внѣшней дѣятельности. Цѣль имѣетъ совершенно различное значеніе во вмѣненіи нравственномъ и во вмѣненіи юридическомъ. Нравственность проникаетъ внутрь души человѣка, и требуетъ чистаго направленія мыслей и побужденій. Не только личный интересъ и осмотрительность должны руководить волею, но и чувство обязанности и любовь къ ближнему: достоинство дѣянія зависитъ отъ чистоты *мотивовъ*. Уголовное право стоитъ на совершенно другой почвѣ. Государство обязано противудѣйствовать дѣяніямъ внѣшнимъ, враждебно направленнымъ противъ него, дѣяніямъ вреднымъ или опаснымъ для государства и его членовъ (*н.* 64). Вина, въ смыслѣ уголовнаго права, состоитъ въ томъ, что лицо, зная, что оно не должно употреблять силы свои во вредъ государству, совершаетъ однако жъ дѣяніе, котораго вредныя послѣдствія предвидѣло. Въ нравственномъ вмѣненіи перевѣсъ на сторонѣ мотивовъ; напротивъ того въ юридическомъ—на сторонѣ внѣшняго дѣянія. Самыя чистыя, самыя возвышенныя побужденія не въ состояніи разорвать, уничтожить узелъ зависимости и обязанности, связывающій единицу съ государствомъ. Дѣйствующій будетъ наказанъ потому, что желалъ такого а не другаго послѣдствія, противнаго государству, а не потому, что желалъ его по такому-то или другому мотиву. Слѣдовательно мотивы не имѣютъ никакого значенія по вопросу о вмѣненіи, т. е. при рѣшеніи, составляетъ ли данное дѣяніе преступленіе или нѣтъ. Мотивы могутъ здѣсь вліять только на опредѣленіе

Digitized by Google

степени вины. Кто воруетъ изъ состраданія, чтобъ спасти погруженное въ нищету семейство, тотъ несравненно менѣе виновенъ совершающаго кражу для удовлетворенія преступнымъ своимъ страстямъ.

161. Какъ въ понятіи послѣдствія вообще заключается безконечный рядъ фактовъ (*н.* 63), такъ и понятіе мотива или цѣли заключаетъ въ себѣ цѣлый рядъ поводовъ и побужденій. Съ какою цѣлію кассиръ *А* похитилъ ввѣренную ему кассу? съ тою, что хотѣлъ обладать значительною суммою. Для чего хотѣлъ обладать значительною суммою? чтобъ удовлетворить расточительнымъ прихотямъ своей жены. Для чего хотѣлъ удовлетворить этимъ прихотямъ? для того, что не умѣетъ ни въ чемъ отказать своей женѣ. Отчего не умѣетъ ей отказать? ибо онъ имѣетъ слабый характеръ. Отчего онъ имѣетъ слабый характеръ? Такимъ образомъ мы доходимъ до темперамента *А*, до его нравственныхъ и физическихъ качествъ. Но какъ изъ цѣлаго ряда послѣдствій дѣянія только ближайшее имѣетъ значеніе для криминалиста, такъ и изъ длинной цѣпи мотивовъ только ближайшій заслуживаетъ вниманія судьи. укралъ чтобъ помочь другимъ, или для удовлетворенія страсти игры; присвоилъ ввѣренную ему сумму, чтобъ щегольски одѣть жену и меблировать квартиру.

162. *Намѣреніе* есть необходимое условіе умышленнаго преступленія. Всѣ преступленія, въ отношеніи къ намѣренію, можно раздѣлить на три категоріи. *Одни* изъ умышленныхъ преступленій имѣютъ то свойство, что нельзя себѣ вообразить, чтобъ они могли быть совершены ненамѣренно („*Res ipsa in se dolum habet*“, l. 36, Dig. 41, 1). Трудно предположить изнасилованіе безъ умышленія его. Тоже самое слѣдуетъ сказать о разбоѣ и вообще о преступленіяхъ, состоящихъ въ учиненіи насилія

Digitized by Google

другимъ лицамъ. Другое свойство имѣютъ дѣянія, которыя только при наличности противозаконнаго намѣренія получаютъ печать преступленія; въ противномъ случаѣ они безнаказанны. *А* изъ запертой квартиры *Б* похищаетъ бумажникъ съ деньгами; *В* составляетъ подложную подпись *К* на векселѣ на значительную сумму. Если *А* и *В* дѣйствуютъ съ намѣреніемъ извлечь пользу, то первый совершаетъ кражу, второй—подлогъ. Но *А* можетъ быть другомъ *Б*: онъ взялъ деньги, чтобъ проучить его, чтобъ онъ въ другой разъ запиралъ свою квартиру; и возвращаетъ ему деньги на другой день. Равнымъ образомъ *В* только для шутки могъ поддѣлываться подъ руку *К* и мнимо уступить вексель третьему лицу, которое, предъявляя его, тотчасъ объяснило *К* о дѣйствительномъ состояніи дѣла. Здѣсь дѣяніе *А* и *В* точно такое же самое какъ и въ первомъ предположеніи, когда они дѣйствовали преступно; только здѣсь намѣреніе совсѣмъ другое: оно не заключаетъ въ себѣ ничего противузаконнаго и исключаетъ возможность преступленія. То же самое касается клеветы, въ которой преступный характеръ зависитъ отъ существованія намѣренія обидѣть. Къ *этой второй групѣ* принадлежатъ преимущественно преступленія, въ которыхъ *вредъ относителенъ* (я отнимаю у одного и даю другому) въ противуположность съ *безусловнымъ вредомъ* (я сожигаю лѣсъ, убиваю человѣка). *Третью групу* составляютъ дѣянія, въ которыхъ намѣреніе не есть необходимое условіе преступленія. Здѣсь преступленіе существуетъ, не смотря на то, совершено ли дѣяніе съ намѣреніемъ или безъ намѣренія; намѣреніе же вліяетъ только на увеличеніе наказанія. Къ этой групѣ принадлежатъ по большей части поступки, причиняющіе безусловный матеріяльный или идеальный вредъ, какъ напр. убійство, увѣчье, поджогъ, ложная при-

Digitized by Google

сяга, многобрачіе [1]). Къ этимъ тремъ группамъ, указаннымъ Беккеромъ (в. п. м., стр. 322), можно еще присоединить *четвертую группу*, заключающую въ себѣ такія преступленія, въ которыхъ вопросъ о намѣреніи устраняется совершенно, напр. когда законодатель опредѣляетъ наказаніе священнику за совершеніе брака безъ сохраненія предписанныхъ закономъ формальностей, или чиновнику за сдѣланіе неправильнаго обыска.

163. *Преступная рѣшимость*, касательно своего напряженія, можетъ возникнуть съ *обдуманностію* (*praemeditatio*, *Ueberlegung*, *Vorbedacht*) или же въ *порывѣ* (*impetus*, *Affect*, см. *п.* 100). Обдуманность состоитъ въ надлежащемъ разсмотрѣніи всѣхъ послѣдствій дѣла. Для этого не необходимо, чтобъ прошло нѣкоторое время до совершенія дѣянія, какъ это ошибочно полагаетъ французскій кодексъ, и, по примѣру его, дѣйствующее законодательство (Улож. Имп. ст. 4; Улож. Цар. Польс. 6) и кодексъ италіянскій. Можно ли угадать тайны человѣческаго духа, единственно посредствомъ внѣшняго мѣрила, времени. У людей твердой, холодной природы, преступная рѣшимость можетъ воспослѣдовать обдуманно, и быть тотчасъ спокойно, хладнокровно исполнена. То же самое замѣчается въ воровствахъ, совершаемыхъ при благопріятныхъ обстоятельствахъ (напр. карманное воровство въ случаѣ нечаяннаго скопленія толпы на улицѣ), преимущественно у привычныхъ воровъ. Если истеченіе извѣстнаго времени, если продолжительность между рѣшимостію и совершеніемъ преступленія не составляетъ

---

[1]) Нѣкоторыя законодательства наказываютъ ложную присягу или многобрачіе содѣянныя по безпечности, по легкомыслію.

Digitized by Google

существеннаго условія умысла; то однако жъ въ связи съ другими обстоятельствами, сопровождающими дѣяніе, она можетъ быть важнымъ признакомъ обдуманности. Рѣшимость, образующаяся въ порывѣ, въ афектѣ, происходитъ безъ спокойной обдуманности. Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобъ здѣсь рѣшимость и совершеніе были мгновенны, вспыхивали вдругъ. Впечатлительные индивиды могутъ нѣкоторое время находиться въ взволнованномъ состояніи души. Они могутъ въ этомъ состояніи возъимѣть намѣреніе преступленія, обдумать средства, взвѣсить и опредѣлить послѣдствія. Въ такомъ состояніи напряженія можетъ существовать обдуманность при преобладающемъ постоянно раздраженіи. Обыкновенно однако жъ, когда въ дѣяніи обнаруживается обдуманность, тогда нѣтъ колебаній; гдѣ есть колебанія, тамъ нѣтъ обдуманности. Нѣкоторыя преступленія могутъ быть совершены только съ обдуманностію: это именно преступленія, требующія извѣстной прозорливости, въ которыхъ связь между дѣяніемъ и намѣреннымъ послѣдствіемъ менѣе осязательна, какъ напр. воровство и обманъ. Преступленія же, въ которыхъ эта связь болѣе наглядна, въ которыхъ вмѣстѣ съ дѣяніемъ представляется намъ изображеніе послѣдствія, могутъ быть совершаемы съ обдуманностію или въ порывѣ. Таковы преступленія имѣющія цѣлью удовлетворить мщенію, преимущественно же направленныя противъ личныхъ правъ: убійство, увѣчье, обиды, истребленіе или поврежденіе чужаго имущества. Дѣяніе, совершенное въ порывѣ, составляетъ переходъ къ преступной безпечности. Въ безпечности противозаконное послѣдствіе покоится въ сознаніи, а не въ волѣ; въ порывѣ же послѣдствіе покоится въ волѣ, но не въ сознаніи, или по крайней мѣрѣ неясно въ сознаніи.

Digitized by Google

164. Различеніе обдуманности и порыва имѣетъ важное значеніе въ преступленіяхъ противъ личныхъ правъ, противъ жизни, здравія и чести. По мѣрѣ дѣйствованія съ обдуманностію или въ порывѣ, наказаніе значительно увеличивается или уменьшается. Въ случаѣ сомнѣнія, должно ли видѣть въ дѣяніи обдуманность или порывъ, слѣдуетъ обращать вниманіе на минуту совершенія дѣянія, на то мгновеніе, въ которомъ воля приводитъ въ движеніе тѣло для произведенія послѣдствія, т. е. сопровождалось ли совершеніе обдуманною рѣшимостію или нѣтъ. И такъ воля можетъ рѣшиться обдуманно, совершеніе же можетъ состояться подъ вліяніемъ порыва. *А* рѣшился пронзить ножемъ *Б*, въ случаѣ нанесенія ему (*А*) новой со стороны *Б* обиды. При первой встрѣчѣ *Б* оскорбляетъ дѣйствіемъ *А* и вызываетъ въ немъ порывъ гнѣва; въ этомъ состояніи раздраженія *А* поражаетъ *Б* и убиваетъ его. Здѣсь нельзя принимать обдуманности, равнымъ образомъ какъ и тогда, когда она существуетъ при преодолѣвающемъ и непрерывномъ раздраженіи. Если же наоборотъ виновный рѣшился въ состояніи порыва, совершилъ же преступленіе съ обдуманностію; то слѣдуетъ вмѣнить обдуманность. Какъ тамъ непосредственною пружиною былъ порывъ, такъ здѣсь—обдуманность. Можетъ случиться, что рѣшимость была принята съ обдуманностію, и только во время приведенія въ исполненіе виновный впалъ въ раздраженіе, увлеченъ былъ порывомъ, напр. *В* рѣшился задушить спящаго *Д* и похитить его деньги; онъ бросается на *Д*, и, разъяренный нечаянной защитой проснувшагося *Д*, совершаетъ убійство въ состояніи порыва. Здѣсь надобно вмѣнить обдуманность; порывъ же имѣетъ здѣсь значеніе случайнаго обстоятельства: существенное основаніе и непосредственная пружина этого дѣянія была обдуманность.

Digitized by Google

165. До сихъ поръ между нѣмецкими учеными продолжаетъ споръ о значеніи, объемѣ и оттѣнкахъ умышленной вины (*dolus*). Эти споры, лишенные существеннаго интереса для науки, вмѣсто того, чтобъ разъяснить предметъ, затемнили его и даже повліяли вредно на положительное право. Не смотря на долгія усилія, наука не достигла разрѣшенія вопросовъ, которые легко разрѣшаются въ отдѣльныхъ случаяхъ судьями и присяжными. Поэтому нѣкоторые нѣмецкіе кодексы (виртемб,, бавар., ольденб., прусс.), по образцу французскаго, устранили опредѣленіе и даже общія указанія о винѣ умышленной. Нѣмецкая наука, разсматривая умышленную вину по отношенію къ послѣдствію, создала различные виды умысла (*dolus determinatus, indeterminatus, eventualis, generalis, alternativus* [1]) и т. д. Изъ этихъ видовъ два заслуживаютъ вниманія, какъ могущіе вліять на мѣру наказанія: *dolus determinatus* и *d. indeterminatus v. eventualis*, которые соотвѣтствуютъ двумъ выше указаннымъ видамъ (*н.* 156) умышленной вины, вины съ опредѣлен-

---

[1]) *D. generalis* и *d. alternativus* можно считать подраздѣлиніями *d. indeterminati v. eventualis. D. generalis* усматриваютъ тамъ, гдѣ субъектъ не даетъ себѣ яснаго отчета въ послѣдствіяхъ, когда кто вообще хочетъ причинить зло, какъ нпр. при нанесеніи удара въ дракѣ. Нѣкоторые придаютъ этому термину иное значеніе. Другіе отрицаютъ возможность *d. generalis. D. alternativus* состоитъ въ томъ, что два или болѣе послѣдствія — на равнѣ желаемы субъектомъ (стрѣляю въ *A* для того, чтобъ его убить или нанести ему тяжкую рану). Эти два видовыя понятія неопредѣленнаго умысла (*d. indeterminatus*), т. е. *dolus generalis* (общій умыселъ) и *d alternativus* (переменный умыселъ), заслуживаютъ вниманія потому, что они представляютъ существенное различіе въ томъ, что послѣдній преступнѣе перваго, тѣмъ болѣе что первый (общій умыселъ) обыкновенно совпадаетъ съ порывомъ страсти, послѣдній же съ предумышленностію, съ обдуманностію.

Digitized by Google

нымъ и съ неопредѣленнымъ намѣреніемъ [1]), т. е. когда виновный предвидѣлъ и хотѣлъ (*А* рѣшился убить *В* и убилъ его), или когда онъ предвидѣлъ и согласился на предполагаемое послѣдствіе (лекарь *С*, изгоняя плодъ *Б*, предвидитъ, что данное имъ средство можетъ лишить жизни или повредить здоровію *Б*). Въ первомъ случаѣ виновный имѣетъ въ виду только одно послѣдствіе, устремляется къ осуществленію одного только (опредѣленнаго) намѣренія. Во второмъ случаѣ виновный предвидитъ различныя послѣдствія (изгнаніе плода, изгнаніе и поврежденіе здоровья, смерть) и условно соглашается на каждое изъ этихъ послѣдствій, ибо каждое изъ нихъ можетъ быть полезно для достиженія цѣли (получить наслѣдство), хотя субъектъ желаетъ преимущественно наименѣе вреднаго послѣдствія. И по сему въ этомъ случаѣ степень злобы и преступная энергія слабѣе.

В. Вина неумышленная (небрежность).

166. Уже изъ общаго взгляда на умышленную и неумышленную вину (*н.* 158) знаемъ, что вина неумышленная или небрежность (*culpa, Fahrlässigkeit, négligence, colpa, negligenza*), можетъ быть двоякаго рода, согласно тому, состоитъ ли она въ безпечности или неосмотрительности (*умы-*

[1]) Сходное съ нашимъ дѣленіемъ принимаютъ и италіянскіе авторы, именно на *dolo determinato* и *indeterminato* или *dolo* (*intenzione*) *diretto* и *indiretto*. Но послѣднее названіе обнимаетъ отчасти и неумышленную вину (Carrara, *Frogramma* 3 ed., Lucca, 1867, § 70; Tolomei, *Diritto penale*, Padova, 1866, § 190 слѣд.; Carmignani, *Elem.*, § 106).

Digitized by Google

шленная вина сознательная и безсознательная. Чтоже касается прежняго раздѣленія небрежности на *culpa lata, levis, levissima* по аналогіи гражданскаго права, оно какъ произвольное и количественное не имѣетъ существованнаго значенія. До сихъ поръ въ Германіи ученые несогласны въ обозначеніи предѣловъ между умышленною виною (*dolus*) и неумышленною (*culpa*), преимущественно же въ томъ, къ которой изъ нихъ отнести безпечность. Одни полагаютъ, что для бытія *dolus* достаточно предвидѣніе послѣдствія. Другіе (согласно съ нашимъ воззрѣніемъ *н.* 158) допускаютъ *dolus* только тамъ, гдѣ предвидѣнное послѣдствіе было вмѣстѣ съ тѣмъ и преднамѣренно. Послѣдователи посредствующаго воззрѣнія тѣмъ отличаются отъ нашего, что въ извѣстныхъ случаяхъ полагаютъ *dolus*, хотя предвидѣнное послѣдствіе и не было преднамѣренно. Эта третья система преобладаетъ въ германскихъ кодексахъ. Но этотъ спорный вопросъ, какъ чисто теоретическій, не долженъ имѣть никакаго вліянія на законодательство.

167. *Безпечность* (*luxuria, Frevelhaftigkeit, la faute avec prévoyance* [1]), какъ это намъ уже извѣстно, существуетъ тогда, когда субъектъ предвидѣлъ послѣдствіе своего дѣянія, но не хотѣлъ его. Безпечность примыкаетъ къ винѣ умышленной. Разница состоитъ въ томъ, что въ винѣ умышленной послѣдствіе привлекаетъ, заманиваетъ виновнаго, или оно—желаемо имъ по крайней мѣрѣ условно; въ безпечности же предвидѣнное послѣдствіе не удерживаетъ отъ предпринятаго дѣянія. Довѣряя моей ловкости, я быстро ѣду на лошади улицей, надѣясь, что въ случаѣ надобности

---

[1]) По терминологіи у Haus (*Cours du droit crim.*, 1861, Gand., n° 134).

Digitized by Google

я поворочу лошадь; между тѣмъ понесшая лошадь давитъ прохожаго. Дорожный сторожъ не выставляетъ сигналовъ во время приближенія поѣзда, полагая что съ другой стороны поѣзда не будетъ, между тѣмъ встрѣчаются два поѣзда и нѣсколько лицъ погибаетъ.

168. *Неосмотрительность, неосторожность (Unvorsichtigkeit, la faute sans prévoyance)*, или вина безсознательная состоитъ въ томъ, что субъектъ во время дѣйствованія не предвидѣлъ злаго послѣдствія, могущаго произойти отъ его дѣянія; но онъ долженъ былъ его предвидѣть и, при надлежащей осмотрительности, могъ предвидѣть. Неосторожность можетъ быть двоякаго рода. Одна приближается къ безпечности. Субъектъ понималъ свойство своего дѣянія, зналъ, что вредныя послѣдствія могутъ произойти отъ него; но о томъ въ минуту дѣянія не думалъ. *А* забавляется неосмотрительно ружьемъ, зная, что оно заряжено; между тѣмъ раздается выстрѣлъ и убиваетъ *Б*. Здѣсь преступная ошибка состоитъ въ *невнимательности*. Другой видъ неосторожности или преступной ошибки состоитъ въ томъ, что субъектъ не имѣлъ надлежащаго понятія о свойствѣ своего дѣянія, не зналъ, что онъ можетъ произвести данное послѣдствіе, имѣлъ ошибочное понятіе объ извѣстныхъ обстоятельствахъ. Вина состоитъ здѣсь въ *незнаніи* и *нерадѣніи*, т. е. въ томъ, что дѣйствующій не радѣлъ о познаніи обстоятельствъ, о пріобрѣтеніи свѣденій, которыя дали бы ему представленіе о надлежащемъ положеніи дѣла. Я прицѣливаюсь въ другаго, полагая, что ружье заряжено только порохомъ, и убиваю. Подаю другому пить сѣрную кислоту, полагая, что это вода. Принимая въ сумеркахъ движущійся вдали предметъ за волка, стрѣляю и убиваю товарища. Считая впавшаго въ обморокъ мертвымъ, бросаю

Digitized by Google

его въ воду. Эти случаи составляютъ фактическое заблужденіе по отношенію къ качеству и тождеству средства и по отношенію къ качеству и тождеству предмета (*н.* 119, 120, 122, 123, 125). Такимъ образомъ ученіе о неосторожности состоитъ въ тѣсной связи съ ученіемъ о фактическомъ заблужденіи. Здѣсь вина — въ *необращеніи вниманія* (*animum non advertere*); въ неосторожности же перваго рода вина—въ *отклоненіи вниманія* (*animum avertere*). Въ послѣднемъ случаѣ вина преступнѣе нежели въ необращеніи вниманія, ибо въ *отклоненіи вниманія* субъектъ могъ съ большею вѣроятностію предвидѣть послѣдствіе. Такъ какъ неосторожность состоитъ въ непредвидѣніи и несодѣяніи требуемаго закономъ, то можно бы сказать, что дѣянія неосторожныя принадлежатъ къ преступнымъ упущеніямъ.

169. Законодательства указываютъ обыкновенно самые важные случаи неосторожности, особенно по отношенію къ жизни, здравію и безопасности собственности; и въ видѣ предупредительныхъ мѣръ наказываютъ неосторожность саму по себѣ, хотя бы она и не имѣла вреднаго послѣдствія и не произвела смерти, увѣчья, пожара, наводненія и т. д. Но многихъ безчисленныхъ не менѣе важныхъ случаевъ законодатель не въ состояніи предвидѣть; и поэтому онъ, кромѣ упомянутыхъ имъ случаевъ, опредѣляетъ общее правило, что лишеніе жизни или здравія, причиненіе пожара вслѣдствіе неосторожности неуказанной закономъ, подлежатъ данному наказанію; разрѣшеніе же, существуетъ ли въ данномъ случаѣ неосторожность или нѣтъ, предоставляетъ усмотрѣнію судьи. Слѣдовательно такая неосторожность наказуема не сама по себѣ, а только въ случаѣ произведенія вреднаго послѣдствія. Вообще можно то только сказать, что не слѣдуетъ требовать той предусмотритель-

Digitized by Google

ности, до которой могутъ возвыситься только рѣдкіе люди, а только обыкновенной предусмотрительности, свойственной порядочному гражданину. Притомъ необходимо обратить вниманіе на индивидуальность дѣйствующаго. Кромѣ того во многихъ случаяхъ трудно опредѣлить, могъ ли субъектъ предвидѣть послѣдствіе или нѣтъ. Изъ сказаннаго видимъ, что предѣлы между виною неосторожною и невинностію,—въ которой зло, истекающее изъ дѣянія, дѣло случая,—не ясны, не выразительны. Тамъ, гдѣ фельдшеръ или лекарь можетъ отвѣтствовать за неосторожную помощь въ крайней опасности, лицо, подающее помощь изъ человѣколюбія, не можетъ подлежать отвѣтственности. Въ указанномъ примѣрѣ о подачѣ сѣрной кислоты вмѣсто воды (*н.* 168), бытіе преступной неосторожности зависитъ отъ обстановки. Если сосудъ былъ поставленъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ обыкновенно находился сосудъ съ водой для питія, если вода обыкновенно наливалась въ этотъ сосудъ, то въ этомъ случаѣ нельзя подвергать наказанію виновнаго. Напротивъ того надобно вмѣнить неосторожность, если жидкость находилась въ другомъ сосудѣ и была спрятана въ шкафъ.

170. Умышленныя преступленія составляютъ правило; неумышленныя, преимущественно же совершаемыя вслѣдствіе неосмотрительности, суть исключеніе. Поэтому, говоря о воли и знаніи какъ элементахъ вины, мы имѣли въ виду умышленныя дѣянія и сказали, что вина простирается такъ далеко какъ и предвидѣніе (*н.* 86). Такой характеръ исключенія неумышленныя дѣянія сохраняютъ и въ положительныхъ законахъ. Притомъ наказаніе неосторожности, невлекущей за собою вреднаго послѣдствія, случается очень рѣдко. Было бы даже невозможно наказывать каждую неосторожность этого рода. На всякомъ шагу мы

Digitized by Google

замѣчаемъ безчисленные случаи неосторожныхъ дѣяній. Часто и дѣйствующій неосторожно и угрожаемый этимъ не знаютъ объ опасности. Тутъ именно имѣетъ самое обширное примѣненіе извѣстное намъ соображеніе, что государство не можетъ наказывать всего того, что наказуемо. Не всѣ преступленія могутъ быть совершаемы по неосторожности или безпечности: это касается лишь тѣхъ, для бытія которыхъ законопротивное намѣреніе не необходимо, т. е. тѣхъ, которыя мы по отношенію къ намѣренію помѣстили въ третьей группѣ (*н.* 162). Можно по неосторожности или безпечности изувѣчить или убить другаго, произвести пожаръ или потопленіе; но нельзя неумышленно т. е. безъ намѣренія совершить изнасилованіе, розбой, воровство, обманъ и проч.

171. Законодательства по большей части говорятъ о неумышленной винѣ только въ нѣкоторыхъ особыхъ преступленіяхъ. Во многихъ германскихъ кодексахъ объ ней упоминается въ общей части, и даже помѣщается ея опредѣленіе, чего справедливо избѣгаютъ новѣйшія кодификаціи прусская, баварская и ольденбургская. Кодексы брауншвейгскій, виртембергскій и дармштадскій прямо полагаютъ, что неумышленная вина подлежитъ наказанію только въ случаяхъ, ясно указанныхъ закономъ. Дѣйствующее законодательство говоритъ въ общей части о неумышленности и неосторожности (Ул. Имп. 4, 110; Ул. Ц. П. 6, 117); упоминаетъ притомъ и о легкомыслiи (Ул. Имп. 134; Ц. П. 141), употребляя иногда этотъ терминъ въ смыслѣ безпечности (Ул. Им. 329; Ул. Ц. П. 343, 547) или въ смыслѣ своеволія (Ул. Им. 235; Ул. Ц. П. 247, 670, 688). Испанскій код. (480) полагаетъ общее правило, какъ наказывать

Digitized by Google

предвидѣнныя закономъ дѣянія, если они совершены по безпечности.

172. Разсмотрѣвъ вину всѣхъ размѣровъ съ самой высшей до самой низшей ея ступени, заключимъ замѣчаніемъ: какъ самая низшая ступень вины (неосторожность по необращенію вниманія, не производящая вреднаго результата) сливается съ невинностію, такъ сливаются различныя ступени вины, и предѣлы между ними не всегда осязательны. Неосторожность начинается тамъ, гдѣ субъектъ могъ предвидѣть. Мы знаемъ, какъ трудно рѣшить этотъ вопросъ, какъ отвѣтъ колеблется то въ ту, то въ другую сторону. Равнымъ образомъ можетъ возникнуть вопросъ, виновенъ ли субъектъ вслѣдствіе необращенія или отклоненія вниманія. Предвидѣніе ненамѣреннаго послѣдствія есть черта безпечности. Но это предвидѣніе не должно быть непремѣнно точно и подробно: менѣе или болѣе общее, неточное предвидѣніе достаточно (*п.* 154). Тутъ опять можетъ быть незамѣтный переходъ отъ неосторожности къ безпечности. Такой же постепенный, незамѣтный переходъ можетъ существовать между предвидѣніемъ и непреднамѣреніемъ съ одной, и предвидѣніемъ и намѣреніемъ съ другой стороны. Это представится намъ яснѣе при подробномъ разсмотрѣніи одного поступка, разсказаннаго Беккеромъ (в. п. м. стр. 334).

Жена ремесленника предается пьянству; она обыкновенно ставитъ бутылку съ водкой въ шкафъ въ комнатѣ мужа. Этотъ ремесленникъ нуждается въ жидкомъ ядѣ, похожемъ вкусомъ и цвѣтомъ на любимую женой водку; онъ покупаетъ ядъ, ставитъ его въ тотъ же шкафъ, и вскорѣ потомъ отправляется въ городъ. Въ отсутствіе мужа жена выпиваетъ ядъ и умираетъ. Мужъ былъ причиною смерти

Digitized by Google

жены. Но онъ могъ не предвидѣть ошибки жены; онъ хотѣлъ ее предостеречь, но не успѣлъ, ибо спѣшилъ по важному дѣлу. Притомъ былъ увѣренъ, что возвратится до прихода жены; и даже упоминалъ женѣ, что нуждается въ покупкѣ этого ядовитого вещества, хорошо ей знакомаго по частому употребленію его въ ремеслѣ мужа; но по непредвидѣнному препятствію опоздалъ. Начиная съ такого состоянія безнаказанности, мы можемъ незамѣтно изображать эту картину въ болѣе и болѣе мрачныхъ краскахъ, сохраняя тѣ же внѣшнія ея черты.

Ремесленникъ могъ предвидѣть препятствіе въ своевременномъ возвращеніи домой; могъ предвидѣть, что жена по обыкновенію своему возвратится изъ кабака пьяная, что будетъ искать дома новаго средства опьяненія, и легко приметъ одну бутылку за другую; но въ торопяхъ не обратилъ на это вниманія. Могъ ли онъ предвидѣть послѣдствіе какъ отдаленно возможное или какъ вѣроятное?

Можетъ быть онъ предвидѣлъ опасность; но, выходя изъ дому, забылъ о томъ? Или можетъ быть онъ это помнилъ при выходѣ; но полагалъ, что достаточно поставить бутылку въ углубленіи на полкѣ? Можетъ быть онъ любитъ свою жену, не желаетъ ея смерти, и надѣется, что она будетъ помнить о томъ, что онъ долженъ былъ въ тотъ день купить яду, и для этого приготовилъ бутылку? Можетъ быть жена это помнила; но желая выпить, заглянула въ шкафъ, попробовала яду и напилась, полагая, что это водка, которую мужъ купилъ для угощенія сосѣдей?

Можетъ быть мужъ предвидѣлъ вредное послѣдствіе, но надѣясь, что оно не будетъ имѣть мѣста, не принялъ никакихъ мѣръ.

Можетъ быть жена надоѣла мужу своимъ привычнымъ пьянствомъ, и поэтому онъ, вообразивъ себѣ на пути воз-

Digitized by Google

можность опасности, не хотѣлъ воротиться и спрятать ядъ? Можетъ быть онъ подумалъ: еслибъ она и напилась, то я бы отдѣлался отъ нея.

Можетъ быть онъ былъ увѣренъ, что жена подойдетъ къ шкафу, напьется яду и отравится?

Или не удалился ли онъ нарочно изъ дому, чтобъ жена отравилась? Можетъ быть видя въ дали пьяную до безпамятства жену, онъ въ раздраженіи гнѣва въ одно мгновеніе рѣшился на это, и спрятался въ сѣняхъ, ожидая послѣдствія? Наконецъ можетъ быть онъ умышленно подъ предлогомъ нужды въ ядѣ, купилъ его и налилъ въ бутылку, въ которой жена держала водку; и потомъ удалился, зная навѣрно, что жена, возвратившись домой, тотчасъ заглянетъ въ шкафъ.

Изъ сказаннаго о сліяніи разныхъ оттѣнковъ вины слѣдуетъ то практическое замѣчаніе: что законодатель долженъ, посредствомъ значительнаго простора между *maximum* и *minimum* и надлежащей соразмѣрности наказанія съ разными ступенями вины, дать судьѣ возможность произносить справедливые приговоры, преимущественно въ случаяхъ, находящихся на рубежѣ умышленной и неумышленной вины или же неосторожности и невинности.

Digitized by Google

ГЛАВА III.

Внѣшняя сторона преступленія.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Дѣйствіе и послѣдствіе.

А. Предѣлы между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ.

172. Вина во внутреннемъ своемъ движеніи восходитъ постепенно до преступной рѣшимости, какъ до вершины, съ которой воля, запасшись соотвѣтственною энергіею, бросается въ сферу дѣйствительности. Здѣсь опять вина проходитъ различныя ступени, начиная съ проявленія рѣшимости своей словомъ и доходя до окончательнаго и полнаго осуществленія. Это осуществленіе составляетъ будто внѣшнюю оболочку, тѣло, которое воля оживляетъ какъ душа до того мгновенія, въ которой она вполнѣ будетъ осуществлена, воплощена. Только отъ воли внѣшняя сторона, дѣйствіе, получаетъ значеніе предъ лицомъ уголовнаго права. Оно разсматриваетъ дѣяніе какъ сумму осязательныхъ признаковъ, изъ которыхъ выводятся заключенія о бытіи, направленіи и напряженіи преступной воли.

Digitized by Google

Разсказомъ о томъ, какимъ образомъ вина проявляется во внѣшнемъ мірѣ, мы пополнимъ ея исторію. Моменты этого проявленія представятся намъ въ пластическомъ видѣ, какъ доступныя для внѣшняго наблюденія; на каждомъ изъ нихъ воля можетъ остановиться, отражаясь въ соотвѣтственной ступени наказанія. Однако жъ для надлежащаго уразумѣнія предмета, мы должны прежде всего вникнуть въ значеніе и взаимное отношеніе двухъ сферъ, двухъ составныхъ частей, на которыя распадается каждое, преимущественно же противозаконное, дѣяніе, т. е. внѣшняя сторона преступленія.

174. Какъ во внутреннемъ своемъ развитіи вина распадается на два элемента, волю и знаніе, такъ и во внѣшнимъ ея движеніи замѣчаемъ два главные выдающіеся момента: дѣйствіе и послѣдствіе. На первый взглядъ представляется та разница, что воля и сознаніе—дѣятели одновременные, отдѣленіе же ихъ дѣло отвлеченнаго анализа; напротивъ того дѣйствіе и послѣдствіе проявляются поочередно, сперва дѣйствіе какъ причина, а потомъ послѣдствіе. Задача наша состоитъ въ опредѣленіи границы между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ. Но прежде всего мы должны разрѣшить вопросъ: неужели послѣдствіе необходимо для бытія преступленія на равнѣ съ дѣйствіемъ? Вопросъ этотъ возбуждаютъ нѣкоторыя законодательства (саксонское 37, брауншвейгское 35, 36 и дармштадское 63), упоминая о преступленіяхъ, для бытія которыхъ нужно *извѣстное, опредѣленное послѣдствіе (gewisser, bestimmter Erfolg)*. Объясняя общее понятіе преступленія, мы сказали: что нѣтъ преступленія, которое бы не произвело вліянія на предметы окружающіе виновника, которое не имѣло бы послѣдствія; что даже значеніе послѣдствія весьма важно, ибо цѣлямъ государства болѣе противно послѣдствіе, нежели дѣяніе (*н.* 41,

Digitized by Google

64). Что никакое преступленіе не можетъ существовать безъ внѣшняго послѣдствія, въ этомъ мы убѣдимся, разсматривая разные роды преступленій.

175. Это всего явственнѣе обнаруживается въ такихъ преступленіяхъ, въ которыхъ послѣдствіе является только по окончаніи дѣянія. Нѣтъ поджога, если ничто не зажглось. Вспышка пожара есть не составная часть дѣйствія, а его послѣдствіе. То же самое въ убійствѣ. Въ другихъ преступленіяхъ дѣяніе и послѣдствіе почти одновременны, какъ въ увѣчіи, растлѣніи дѣвицы, составленіи подложнаго документа. Но и здѣсь, преимущественно же въ преступленіяхъ, оставляющихъ прочные внѣшніе слѣды (*d. facti permanentis*), послѣдствіе можетъ быть отдѣлено отъ дѣянія, и оно наравнѣ съ дѣяніемъ необходимо для бытія преступленія: нанесеніе раны не можетъ наступить безъ поврежденія здоровья другаго лица, растлѣніе—безъ оставленія на тѣлѣ слѣдовъ насилія, подлогъ—безъ составленія чего нибудь съ цѣлью обмануть другія лица. Это менѣе ясно въ преступленіяхъ неоставляющихъ прочныхъ слѣдовъ (*d. facti transeuntis*), какъ обиды, прелюбодѣяніе, кровосмѣшеніе. Но и здѣсь послѣдствіе можетъ быть отдѣлено: въ обидахъ оно состоитъ въ звукѣ словъ и волненіи воздуха, въ плотскихъ преступленіяхъ въ воздѣйствіи на другой организмъ. Въ преступленіяхъ совершаемыхъ словесно или письменно, для бытія преступленія нужно кромѣ того, чтобъ сказанное или написанное сдѣлалось извѣстнымъ другому лицу. Кто въ уединенномъ мѣстѣ, въ лѣсной глуши или на вершинѣ горъ произноситъ оскорбительныя для другаго слова, или кто, составивъ оскорбительную карикатуру, сожжетъ ее, тотъ не совершилъ обиды. Указанные кодексы, говоря объ *извѣстномъ послѣдствіи*

Digitized by Google

въ правилахъ о совершеніи преступленія, имѣютъ въ виду такъ называемыя *матеріальныя преступленія*, для бытія которыхъ наступленіе вреднаго матеріальнаго послѣдствія необходимо; таковы убійство и зажигательство. Напротивъ того, для совершенія *формальнаго преступленія*, такое послѣдствіе не требуется, нпр. въ нарушеніи правилъ осторожности отъ пожаровъ, въ мздоимствѣ.

176. Гдѣ лежитъ *предѣлъ между дѣяніемъ и послѣдствіемъ*? гдѣ оканчивается дѣяніе, и гдѣ начинается послѣдствіе? Дѣйствіе оканчивается съ послѣднимъ движеніемъ виновника; всѣ перемѣны, произшедшія послѣ этого, принадлежатъ уже къ сферѣ послѣдствія. Если пронзенный на сквозь ножемъ умеръ, то это уже не входитъ въ сферу дѣянія. Онъ умеръ потому, что получилъ смертельную рану: рана была послѣдствіемъ пораженія ножемъ. Съ вонзеніемъ ножа оканчивается дѣяніе; все прочее относится къ сферѣ послѣдствія. То же самое въ убійствѣ выстрѣломъ. Ни смерть, ни смертельная рана, ни выпаденіе пули изъ ружья, ни взрывъ пороха, ни раздавленіе пистона, ни произведенная имъ искра, ни спущеніе курка, собственно не входятъ въ область дѣянія: это цѣпь послѣдствій дѣянія; придавленіе курка пальцемъ есть послѣднее звѣно дѣянія. Въ поджогѣ пожаръ производится огнемъ отъ зажженной соломы и смолы; эти матеріалы зажглись вслѣдствіе брошенія на нихъ зажженной спички, чѣмъ и кончилось дѣйствіе виновника. Въ составленіи подложнаго документа, какъ самъ документъ, такъ и подписи, печати на бумагѣ, все это— послѣдствія; дѣйствіе пресѣкается съ послѣднимъ движеніемъ руки. Здѣсь послѣдствіе сложилось изъ цѣлаго ряда послѣдствій, образующихся постепенно по мѣрѣ движенія руки виновника.

Digitized by Google

Изъ разбора этихъ случаевъ мы видимъ, что воля виновника есть единственная причина его движеній, его дѣянія. Но другое дѣло—послѣдствіе. Воля есть только одинъ изъ дѣятелей, изъ причинъ перемѣнъ и движеній во вмѣшнемъ мірѣ, составляющихъ послѣдствіе. Для наступленія преднамѣреннаго послѣдствія (смерти поджога), необходимо: чтобъ извѣстные предмѣты (человѣкъ, домъ) находились въ извѣстномъ мѣстѣ; чтобъ они имѣли извѣстныя качества (человѣкъ долженъ быть живой и непредохраненный панцыремъ отъ удара; домъ долженъ быть построенъ изъ воспламеняющагося матеріала); чтобъ виновникъ имѣлъ соотвѣтственную силу и ловкость; и чтобъ существовали благопріятныя обстоятельства (чтобъ пистолетъ не осѣкся, чтобъ нечаянный дождь не потушилъ огня). Такимъ образомъ мы дошли до опредѣленія разницы между двумя элементами, составляющими внѣшнюю сторону преступленія. Дѣяніе ограничивается движеніями виновнаго; все же, вызванное этими движеніями, при содѣйствіи внѣшнихъ обстоятельствъ, составляетъ послѣдствіе.

Б. Предметъ дѣянія.

177. Вопросъ о дѣйствіи и послѣдствіи ведетъ насъ къ вопросу о предметѣ преступнаго дѣянія. Какъ прежде разсмотрѣнія внутренней стороны преступленія и ея развитія, мы должны были дать себѣ отчетъ въ субъектѣ дѣянія; такъ и приступая къ внѣшнему развитію вины и ея внѣшнихъ моментовъ, мы должны опредѣлить, что составляетъ предметъ преступленія.

Неодушевленные вещи и житотныя сами по себѣ неимѣютъ никакихъ правъ и не могутъ быть предметомъ пре-

Digitized by Google

ступленія. Дѣянія, противъ нихъ направленныя, могутъ подлежать наказанію, на сколько эти предметы получаютъ правовой характеръ, на сколько они принадлежатъ человѣку. Но въ такомъ случаѣ предметъ преступленія не вещь, но лицо или права этого лица на вещь. Таково значеніе преступленія противъ собственности въ противуположность преступленіямъ противъ лицъ, состоящимъ въ непосредственномъ нарушеніи физической или нравственной неприкосновенности личности. Если древнія законодательства взыскивали за убійство или жестокое обращеніе съ животными, то они дѣлали это или по поводу обожанія животныхъ (какъ въ Египтѣ), или потому, что они не возвысились до понятія разницы между человѣкомъ и другими существами, какъ въ законахъ Зороастра. Въ новѣйшихъ кодексахъ запрещеніе истреблять нѣкоторыхъ животныхъ, безусловно или въ опредѣленное время года, основано на общественной пользѣ. Издаваемые съ нѣкотораго времени законы противъ жестокаго обращенія съ животными имѣютъ цѣлью общественную нравственность, на которую такія дѣянія производятъ вредное вліяніе. Здѣсь слѣдовательно предметъ преступленія — нравственность общественная, а не животное: ибо оно лишено личности, и потому нѣтъ возможности нарушить правъ, которыхъ оно не имѣетъ.

178. Намекъ о наказаніяхъ за мученіе животныхъ ведетъ насъ къ замѣчанію, что предметомъ преступленія можетъ быть не только единица, но и общество, общественный порядокъ. Собственно говоря, всѣ преступленія направлены посредственно или непосредственно противъ государства: ибо преступленіе есть дѣяніе противное цѣлямъ государства, и по этому оно запрещено подъ страхомъ наказанія (*н.* 63). Нѣкоторые, какъ Feuerbach (*Lehrb.*, § 21; сравн. Tissot,

Digitized by Google

Dr. pén., I, 9), ошибочно считаютъ существеннымъ условіемъ преступленія нарушеніе правъ другаго лица. Если государство имѣетъ право и обязанность наказывать дѣянія противныя его цѣлямъ, то нельзя ограничивать его задачи защитою права субъективнаго. Характеристическая черта преступленія состоитъ скорѣе въ нарушеніи права въ объективномъ смыслѣ, т. е. закона. Государство во многихъ случаяхъ наказываетъ такія дѣянія, которыя не нарушаютъ чьихъ либо правъ, и въ которыхъ лицо не есть предметъ или страдательный субъектъ преступленія (содомія, кровосмѣшеніе, сводничество). Здѣсь предметъ нарушенія—государство, общественное благо. Такое воззрѣніе вмѣстѣ съ тѣмъ разрѣшаетъ вопросъ, можно ли самаго себя сдѣлать предметомъ преступленія? можетъ ли покушеніе на самоубійство или причиненіе самому себѣ увѣчья быть противозаконно? Эти дѣянія могутъ быть противны цѣлямъ государства: самоубійство вліяетъ вредно на нравственность общества; причиненіе себѣ увѣчья можетъ быть средствомъ освободить себя отъ военной службы. Отсюда наказуемость этихъ дѣяній.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Движеніе дѣянія.

A. Обнаруженіе намѣренія словомъ и приготовленіе.

179. Для бытія преступленія необходимо его внѣшнее проявленіе. Это проявленіе во многихъ преступленіяхъ,

Digitized by Google

прежде полнаго овеществленія рѣшимости виновнаго, проходитъ различныя ступени развитія. Субъектъ можетъ сначала только высказать свою рѣшимость; потомъ заняться приготовленіемъ средствъ для осуществленія своей мысли; послѣ того онъ приступаетъ къ совершенію, и, наконецъ, осуществляетъ вполнѣ свое намѣреніе; или же пріостановливаетъ начатое дѣйствіе по собственному побужденію, или по внѣшнимъ причинамъ. Такимъ образомъ воля, бросаясь въ область дѣянія, до осуществленія намѣреваемаго послѣдствія, проходитъ слѣдующіе моменты: изъявленіе рѣшимости словомъ, приготовленіе, начало исполненія (покушеніе) и совершеніе. Какое значеніе этихъ ступеней по отношенію къ наказуемости? на которой изъ нихъ начинается отвѣтственность? Увеличивается ли она по мѣрѣ восхожденія на высшія ступени и увеличенія матеріяльнаго зла, произведеннаго дѣяніемъ, или же здѣсь не слѣдуетъ дѣлать различія между этими ступенями по отношенію къ наказуемости? Эти вопросы мы должны разрѣшить, чтобъ составить себѣ ясное понятіе о занимающемъ насъ предметѣ. Разрѣшая эти вопросы, мы убѣдимся, какъ важно опредѣленіе границы между ступенями развитія преступнаго дѣянія. На каждой изъ этихъ ступеней дѣйствіе можетъ пріостановиться, что важно по отношенію къ наказуемости. Такое постепенное движеніе существуетъ и во внутренней сторонѣ преступленія; но это болѣе вліятельно въ отношеніи къ существу преступной воли, нежели въ отношеніи къ степени отвѣтственности.

180. Самая полная внѣшняя форма, заключающая въ себѣ всѣ другія ступени развитія дѣянія, это *совершеніе* преступленія. Совершеніе состоитъ въ томъ, что виновникъ достигъ намѣреваемаго имъ послѣдствія, т. е. что онъ произ-

Digitized by Google

велъ желаемую имъ перемѣну во внѣшнемъ мірѣ (застрѣлилъ, отравилъ, сожегъ строеніе). Чтобъ убѣдиться, совершено ли данное преступленіе, слѣдуетъ оцѣнить, имѣетъ ли дѣяніе всѣ признаки, требуемые закономъ для состава этого преступленія. Такъ нпр. разбой обыкновенно считается совершеннымъ, когда у другаго отнята вещь посредствомъ насилія. Но по нѣкоторымъ кодексамъ достаточно для совершенія разбоя, чтобъ сдѣлано было насиліе съ цѣлью отнять вещь. Таково правило бавар.. код. 1813 г. и дѣйств. законодательства (Ул. Им. 1627; Ул. Ц. П. 1130).

181. *Обнаруженіе умысла словесно* или *письменно*, или же соглашеніе нѣсколькихъ лицъ на данное преступленіе еще слишкомъ далеки отъ осуществленія, чтобъ подлежать наказанію. Они не носятъ на себѣ отпечатка дѣйствительнаго дѣянія, не свидѣтельствуютъ о зрѣлой рѣшимости, запасшейся соотвѣтственною энергіею, для воплощенія въ дѣяніе.

182. *Приготовленіе* уже ближе совершенія. Оно состоитъ въ дѣяніяхъ, имѣющихъ цѣлью сдѣлать преступленіе возможнымъ и облегчить его исполненіе. Сюда относятся: пріобрѣтеніе и приготовленіе средствъ, необходимыхъ для совершенія дѣянія; размѣщеніе ихъ на мѣстѣ; собраніе соотвѣтственныхъ свѣдѣній; пріобрѣтеніе технической ловкости; пріискиваніе удобнаго времени; устраненіе препятствій и засада для совершенія преступленія. Приготовленіе не заключаетъ въ себѣ еще начала исполненія. По окончаніи приготовленія, исполненіе или неисполненіе приготовленнаго преступленія зависитъ вполнѣ отъ воли виновника. Данное дѣяніе представляется какъ приготовленіе только тогда, когда мы разсматриваемъ его въ отношеніи къ другому дѣянію

Digitized by Google

т. е. къ исполненію. Это отношеніе не необходимо, не неизбѣжно, и обыкновенно весьма сомнительно; оно можетъ быть указано только въ видѣ предположенія, догадки. Почему *А* купилъ ружье? для убійства ли *Б*, для охоты, для упражненія въ стрѣльбѣ, для подаренія другому, или для безопасности въ путешествіи? Обо всемъ этомъ, пока *А* не предприметъ дальнѣйшей дѣятельности, можно дѣлать по мѣрѣ обстоятельствъ только менѣе или болѣе вѣроятныя догадки. По этому справедливо говоритъ Chor (*Graenze zwischen Vorbereitung und Versuch*, Leipz., 1861, стр. 80), что приготовленіе во внѣшнемъ своемъ проявленіи, по отношенію къ противозаконности, обыкновенно безцвѣтно (*strafrechtlich farblos*). Такую безцвѣтность, безразличіе, мы видимъ въ случаѣ, когда кто, желая отравить другаго, приглашаетъ его къ себѣ на ужинъ; или когда мать, намѣреваясь покинуть ребенка, отправляется съ нимъ въ уединенное мѣсто. Иногда пріуготовительное дѣйствіе, само по себѣ разсматриваемое, представляется полезнымъ, опаснымъ или даже преступнымъ: — полезнымъ, когда кто оказываетъ услуги и осыпаетъ благодѣяніями будущую свою жертву, чтобъ снискать ея довѣріе; — опаснымъ, когда кто запасается въ значительномъ количествѣ убійственными орудіями; — преступнымъ когда кто приготовляетъ порохъ безъ особаго на то позволенія, или когда кто крадетъ у одного лѣстницу для того, чтобъ съ ея помощію обокрасть другаго.

183. Можно ли наказывать приготовленіе? Вообще для вмѣненія нужно, чтобъ дѣяніе состояло въ непосредственной связи съ преступною рѣшимостію. Такой связи обыкновенно указать не возможно въ приготовленіи, развѣ на основаніи сомнительныхъ предположеній? Но можетъ ли предположеніе служить основаніемъ къ наказанію? Это предполо-

Digitized by Google

женіе доходитъ до извѣстной степени достовѣрности, когда дѣлающій приготовленіе къ преступленію самъ объясняетъ, для чего онъ дѣлаетъ приготовленіе, и если другія обстоятельства указываютъ на возможность совершенія этимъ лицомъ даннаго преступленія, нпр. *А* покупаетъ ружье, говоря сосѣдямъ *Б* и *В*, что это для убійства *Г*; *Г* въ тотъ же день нанесъ *А* тяжкую обиду; *А* по характеру своему расположенъ къ мщенію; притомъ онъ извѣстенъ по своей энергіи и смѣлости. Однако жъ съ другой стороны между волею въ минуту приготовленія и волею, сопровождающею исполненіе, лежитъ цѣлая пропасть: въ первомъ случаѣ воля перемѣнчива, неупрочена, колеблется какъ мысль; во второмъ она упрочена, уже не совѣщается съ разумомъ; она уже рѣшилась, и проявляется во всей полнотѣ своей энергіи. Но, полагая даже, что мы имѣемъ возможность доказать несомнѣнно, что извѣстное дѣяніе есть приготовленіе къ такому то преступленію; то и здѣсь примѣненіе наказанія нельзя счесть соотвѣтственнымъ: въ противномъ случаѣ виновные стали бы окружать дѣянія свои еще бо́льшею тайною; страхъ же наказанія за самое приготовленіе побуждалъ бы ихъ къ тѣмъ скорѣйшему совершенію. Наука и практика въ Италіи уже давно признали ненаказуемость приготовленія, ссылаясь на слова Данта (*Divina Com.*, II, 44), и говоря, что какъ о птицѣ, стоящей въ гнѣздѣ и распускающей крылья, нельзя сказать, что она начинаетъ летать; такъ и приготовленія нельзя считать покушеніемъ. Законодательства въ видѣ исключенія наказываютъ приготовленіе въ нѣкоторыхъ важнѣйшихъ преступленіяхъ, какъ въ преступленіяхъ государственныхъ, въ составленіи шайки для совершенія преступленій, и въ поддѣлкѣ монеты. Преступленіе поддѣлки монеты совершено собственно только въ минуту выпуска ея; между тѣмъ законодательства наказыва-

Digitized by Google

ютъ уже самую поддѣлку, какъ несомнѣнно свидѣтельствующую о преступномъ намѣреніи и легче уловимую нежели умышленный выпускъ такой монеты. Нѣкоторыя законодательства (брауншв. 151, вюртемб. 238, 242; шведское гл. 14, § 18; Ул. Им. 1457; Ул. Ц. П. 929) наказываютъ приготовленіе къ убійству; кромѣ того два первыя — приготовленіе къ разбою, дѣйствующія же Уложенія—къ зажигательству. Код. испанскій наказываетъ за предложеніе другому совершить преступленіе (Pacheco, в. п. м., ст. 4).

Б. Покушеніе.

184. Нѣтъ предмета въ уголовномъ правѣ, возбуждающаго болѣе разнообразныхъ воззрѣній, какъ покушеніе. По мѣрѣ выбора точкою отправленія той или другой теоріи, перемѣняется и взглядъ на покушеніе. Кромѣ того изъ самаго существа покушенія вытекаетъ, что его не такъ легко изучить какъ совершеніе, представляющее полное воплощеніе злаго умысла и равновѣсіе между волею и дѣяніемъ. Въ покушеніи, которое есть только частичное осуществленіе намѣренія, воля, т. е. элементъ внутренній, субъективный, беретъ перевѣсъ надъ дѣяніемъ или элементомъ внѣшнимъ [1]). Поэтому въ покушеніи мы имѣемъ менѣе точекъ опоры; слѣдовательно должно по мѣрѣ возможности проникнуть въ глубь дѣянія для того, чтобъ приблизительно опредѣлить его значеніе. Нѣкоторые ошибочно приписываютъ слишкомъ

[1]) Справедливо замѣчаетъ Бернеръ (*Imputationslehre*, Berlin, 1843, стр: 175): когда воля перевѣшиваетъ дѣяніе, тогда является покушеніе; когда же дѣяніе перевѣшиваетъ волю, тогда существуетъ неумышленная вина. Равновѣсіе между этими двумя дѣятелями, разсматриваемое со стороны воли, представляется какъ умышленное преступленіе, со стороны же дѣянія—какъ совершеніе.

Digitized by Google

большое значеніе субъективной сторонѣ, какъ это увидимъ ниже (*н.* 189).

I. Начало исполненія.

185. Покушеніе есть дѣяніе, устремленное къ овеществленію преступной рѣшимости, но не вполнѣ оконченное, или же не произведшее желаемаго виновникомъ послѣдствія. Когда дѣяніе изъ области приготовленія переходитъ въ область покушенія? Отличительной черты, характеризующей покушеніе, нельзя искать въ истеченіи болѣе или менѣе продолжительнаго времени, начиная съ момента обнаруженія преступной воли во внѣшнимъ мірѣ. Признаки покушенія могутъ существовать въ дѣйствіи менѣе или болѣе отдаленномъ отъ совершенія. Я купилъ ружье, зарядилъ его, отравилъ собаку находящуюся при заборѣ, перешелъ черезъ заборъ, выломилъ дверь, и вошелъ въ спальню моего врага; однакожъ до той минуты, когда я прицѣлюсь къ нему, весь рядъ дѣяній составляетъ приготовленіе, между тѣмъ какъ одно мгновеніе (спускъ курка) можетъ перенести дѣяніе изъ области покушенія въ область исполненія. Но мы можемъ себѣ представить совершенно иной примѣръ. Кассиръ, намѣреваясь присвоить себѣ часть ввѣренныхъ ему денегъ, рѣшается сдѣлать подлогъ въ счетахъ; онъ уже успѣлъ выскоблить одно довольно крупное число, но по нечаянному препятствію принужденъ прервать свое дѣяніе: и только по истеченіи нѣсколькихъ дней могъ кончить измѣненія въ счетахъ. Тутъ, въ противуположность первому случаю, приготовленіе продолжается одно мгновеніе, простирающееся между рѣшимостію и начатіемъ скобленія; тутъ приготовленіе состоитъ въ открытіи книги и взятіи въ руки перочиннаго ножика, между тѣмъ какъ начало покушенія отдѣлено отъ совершенія относительно значительнымъ пространствомъ вре-

Digitized by Google

мени. Такимъ образомъ время не можетъ служить мѣриломъ для опредѣленія границы между приготовленіемъ и покушеніемъ; слѣдовательно прежнее дѣленіе покушенія на *близкое* и *отдаленное* (приготовленіе) ничего не объясняетъ. Существенную, отличительную черту покушенія, по отношенію къ приготовленію, составляетъ *начало исполненія*. Сразу кажется, что граница этихъ двухъ понятій ясна, осязаема; однако жъ въ практикѣ иногда трудно опредѣлить, гдѣ оканчивается приготовленіе и гдѣ начинается исполненіе преступленія. Равнымъ образомъ можетъ возникнуть сомнѣніе: существуетъ ли въ данномъ случаѣ только обнаруженіе преступнаго умысла словомъ или приготовленіе, напр. когда сообщники соглашаются совершить данное преступленіе. Но этотъ послѣдній вопросъ очень рѣдко имѣетъ практическое значеніе, такъ какъ обыкновенно приготовленіе не подлежитъ наказанію. Другое дѣло съ началомъ исполненія,— составляющимъ во внѣшнемъ прогрессѣ воли моментъ, съ котораго начинается наказуемость,—и занимающимъ важное мѣсто въ области противозаконныхъ дѣяній. Нѣтъ сомнѣнія, что дѣйствія, отнесенныя выше къ приготовленію, не составляютъ начала исполненія: они ставятъ только виновника въ возможность совершить преступленіе. Съ другой стороны очевидно, что всякое дѣйствіе непосредственно вызывающее намѣреваемый результатъ, принадлежитъ къ сферѣ исполненія. Но между этими двумя крайностями могутъ существовать дѣйствія, въ которыхъ приготовленіе соприкасается съ началомъ исполненія. Сомнѣніе, раждающееся въ этомъ отношеніи, слѣдуетъ во всякомъ случаѣ рѣшать согласно свойству даннаго преступленія и обстоятельствамъ. Вообще можно сказать съ Гохедеромъ (*Strafgesetzbuch fuer Bayern*, Münch., 1862, I, 199), что начало исполненія есть тотъ моментъ дѣянія, въ которомъ уже очевидно указыва-

Digitized by Google

ются признаки намѣреваемаго преступленія. Это случается именно тогда, когда исполняемое дѣйствіе состоитъ въ такой причинной связи съ намѣреваемымъ послѣдствіемъ, т. е. съ даннымъ преступленіемъ, что это дѣйствіе непосредственно производитъ осуществленіе его. Сюда относится всякое непосредственное или посредственное [1]) употребленіе средства или орудія для исполненія преступленія. Слѣдовательно, согласно опредѣленію Гейера (*Gerichtssaal*, 1866, стр. 52), покушеніе есть частичное овеществленіе намѣренія, представляющее очевидно признаки намѣреваемаго преступленія и состоящее въ причинной связи съ послѣдствіемъ.

186. Часто исполненіе преступленія состоитъ изъ *ряда дѣяній*, сходныхъ или разнородныхъ, тѣсно между собою связанныхъ. Такъ нпр. начало исполненія существуетъ въ дѣяніи, составляющемъ только первый шагъ въ цѣломъ звѣнѣ однородныхъ, сходныхъ дѣяній, многократное повтореніе которыхъ согласно намѣренію виновника вызываетъ противозаконное послѣдствіе, нпр. медленное отравленіе малыми пріемами. Существенную трудность представляютъ случаи, когда дѣянія, слагающія преступленіе, разнородны. Въ этомъ случаѣ нужно рѣшить вопросъ, а именно: всегда ли дѣйствія, предшествующія главному дѣянію (*Haupthandlung*, *acte constitutif du délit*, *atto consumativo della infrazione*), т. е. дѣйствію характеризующему преступленіе, составляютъ только при-

---

[1]) А сыплетъ ядъ въ напитокъ, который *Б* долженъ принять ложась спать. Виновникъ ставитъ здѣсь средство въ такое отношеніе къ предмету преступленія, къ *Б*, что, по мѣрѣ обстоятельствъ, средство это произведетъ намѣреваемое послѣдствіе. Здѣсь средство употреблено посредственно.

Digitized by Google

готовленіе? или могутъ ли они заключать въ себѣ уже начало исполненія, т. е. покушеніе на преступленіе? нпр. въ изнасилованіи — причиненіе побоевъ; въ принужденіи другаго къ дачѣ обязательства — противозаконное задержаніе; въ воровствѣ — взломъ или вошествіе потаеннымъ ходомъ. Здѣсь можно усматривать начало исполненія, когда изъ обстоятельствъ даннаго случая и образа дѣйствія виновника очевидно, что такое то преступленіе долженствовало совершиться. Эти дѣйствія, предшествующія главному, или составляютъ только обстоятельство отягчающее (взломъ, вошествіе потаеннымъ ходомъ), или, — будучи направлены на предметъ главнаго дѣйствія, и составляя средство для совершенія его,—сами по себѣ отдѣльно разсматриваемыя носятъ отпечатокъ противузаконности (причиненіе побоевъ въ изнасилованіи, противозаконное задержаніе въ принужденіи къ дачѣ обязательства). Эти послѣднія дѣянія можно назвать *сложными преступленіями* или *дѣяніями нераздѣльными* (*delicta composita*, *faits indivisibles*).

187. Дѣйствіе, предшествующее главному составляетъ начало исполненія въ слѣдующемъ случаѣ. *А* застигнутъ въ минуту, когда отбилъ замокъ кладовой. Въ воровствѣ главное дѣйствіе состоитъ въ завладѣніи чужою вещію. Виновникъ не вступилъ еще въ этотъ моментъ дѣйствія; но при немъ нашли мѣшокъ, и онъ занимается воровствомъ. Нѣтъ сомнѣнія, что отбитіе замка состояло въ неразрывной связи съ намѣреніемъ совершить воровство, тѣмъ болѣе, что взломъ дверей чужой квартиры, или чужаго запертаго строенія, обыкновенно предшествуетъ воровству. Притомъ трудно предположить, чтобъ кто дѣлалъ взломъ для совершенія убійства, для изнасилованія, нанесенія обиды и т, д.; но очень естественно думать, что дѣлающій взломъ намѣренъ

Digitized by Google

совершить кражу. Еслибъ точно придерживаться принципа, что только начало исполненія главнаго дѣйствія составляетъ покушеніе то мы пришли бы къ тому заключенію: что слѣдовало бы не подвергать наказанію вора, который отбилъ замокъ квартиры, кабинета и стола, открылъ шкатулу, но еще не похитилъ находящихся въ ней денегъ [1]). Въ изнасилованіи главное дѣйствіе состоитъ въ соитіи посредствомъ насилія. Здѣсь предшествующія дѣйствія обыкновенно не свидѣтельствуютъ о стремленіи къ главному дѣйствію: они могутъ быть только признакомъ фамиліярнаго знакомства ими неприличной забавы. Однако жъ если платье женщины было разорвано или поднято; если виновникъ обнажилъ мужскій членъ; если дѣлалъ угрозы въ случаѣ сопротивленія удовлетворенію его сластолюбія; если находился въ особенномъ отношеніи къ этой женщинѣ (отчимъ, опекунъ); то, при стеченіи такихъ обстоятельствъ, должно согласиться, что начало исполненія или покушеніе изнасилованія воспослѣдовало [2]). Во всякомъ случаѣ, когда раждается сомнѣніе,—составляетъ ли дѣйствіе, предшествующее дѣйствію главному, начало исполненія или только приготовленіе,—слѣдуетъ ставить себѣ вопросъ: состоитъ ли предшествующее дѣйствіе

---

[1]) Въ Франціи юриспруденція нѣкоторыхъ трибуналовъ придерживается противуположнаго нашему воззрѣнія (Chauveau et Hélie, *Theorie du C. pén.*, ed. Nypels, I, 204 note 5), хотя кассаціонный судъ руководится указаннымъ нами началомъ (Rolland de Villargues, *Les codes criminels*, Paris, 1861, art. 2 *du C. p.*, n° 35 *et suiv*). Тому же воззрѣнію слѣдуетъ берлинскій верховный судъ (Oppenhoff, в. п. м., § 31 n° 22, 23).

[2]) См. достойный замѣчанія разборъ разныхъ случаевъ у Митермейера (*Gerichtsaal*, 1859, стр. 223 и слѣд.) и Бернера (*Grundsätze des preus.Str. R.*, стр. 8).

Digitized by Google

въ тѣсной, неразрывной связи съ главнымъ? отражается ли въ немъ по мѣрѣ обстоятельствъ характеръ, отливъ главнаго дѣянія?

188. Все теперешнее ученіе о покушеніи основывается на изслѣдованіяхъ средневѣковыхъ италіянскихъ практиковъ. Въ предшествующемъ столѣтіи упрочилось въ теоріи и юриспруденціи италіянской начало, что покушеніе только тогда наказуемо, когда виновникъ началъ приводить въ исполненіе свой преступный планъ. Французскіе юристы, находясь, въ концѣ 18-го столѣтія, подъ вліяніемъ италіянскихъ авторовъ, ввели соотвѣтственное правило въ кодексъ 1810 г. (ст. 2). Простота редакціи и постепенно укрѣпляющееся убѣжденіе въ необходимости избѣгать излишняго расширенія области наказуемыхъ дѣяній содѣйствовали преобладанію французской системы. Почти всѣ законодательства,—какъто: германскія, швейцарскія, италіянское, испанское, бразильское, шведское, Соединенныхъ Штатовъ Масачузетсъ и Нюйоркъ и дѣйствующее законодательство, — приняли французское начало [1]).

II. Негодность средствъ или предмета.

189. Съ вопросомъ о началѣ исполненія состоитъ въ тѣсной связи вопросъ, касающійся преимущественно такъ называемыхъ *матеріальныхъ преступленій* (*н.* 175),

---

[1]) Всѣ эти законодательства одинаково выражаются: что покушеніе подлежитъ наказанію, когда оно обнаружено началомъ исполненія (*Commencement d'exécution*; *Anfang der Ausführung*; *principio a la ejecution*; *principio de execução*; *act toward the commission of such offence*, и т. д).

Digitized by Google

вопросъ о дѣяніи исполненномъ *негодными средствами* или направленномъ на *негодный предметъ*, составляющемъ *мнимое* или *невозможное преступленіе* (*н.* 125). Можно ли въ такихъ дѣяніяхъ усматривать начало исполненія, и слѣдовательно наказуемое покушеніе? Начало исполненія можетъ существовать только тогда, когда исполненіе возможно. Начать значитъ ли совершать отчасти то, чего вовсе сдѣлать невозможно? Предпріятіе, которое въ самомъ началѣ неосуществимо, не способно сдѣлаться преступленіемъ. Кто подаетъ другому сахаръ вмѣсто яду, не начинаетъ исполнять отравы. О матери, покидающей мертворожденнаго ребенка, нельзя сказать, что она дѣлаетъ покушеніе лишить его жизни. Нѣкоторые авторы, даже новѣйшіе какъ Bar (*Versuch und Theilname*, Hanov., 1859, стр. 8, 13); Stenglein (*Commentar ueb. d. S. G. B. f. Bayern*, I, 480) и Haeberlin (*Gerichtssaal*, 1865, стр. 231, 240) [1]), признавая перевѣсъ за субъективной сто-

---

[1]) Haeberlin, развивая свое воззрѣніе въ разсужденіи *Ueber den Irrthum im Strafrechte*, Erlangen, 1865, стр. 31 (срав. разборъ этого разсужденія, сдѣланный *А. Кони* въ Жур. Мин. Юст. 1866 г., Іюнь), смѣшиваетъ понятіе фактическаго заблужденія и случая (*н.* 113). Онъ утверждаетъ, что заблужденіе касательно средства составляетъ видъ случая, и слѣдовательно по отношенію къ вмѣненію покушенія оно должно имѣть то же самое значеніе какъ и случай, т. е. какъ и всякое внѣшнее, непредвидѣнное виновникомъ, препятствіе; слѣдовательно все равно, потому ли не попалъ я во врага, что худо прицѣлился или потому, что въ ружьѣ не было пули.

Въ связи съ воззрѣніемъ Геберлина, Штенглейна и Бара состоитъ теорія Гельшнера (*System*, стр. 182. 184 и слѣд.), и Гольдаммера (*Arch. d. preus. Str. R.*, XVI, 555), которые болѣе опредѣлительнымъ образомъ излагаютъ мысль, высказанную Баромъ и поддерживаемую Спасовичемъ (*Учебникъ угол. пр.*, стр. 137). Они полагаютъ, что наказаніе не должно имѣть мѣста, когда между пре-

Digitized by Google

роной, отстаиваютъ наказуемость покушенія, составляющаго мнимое преступленіе (*н.* 125). Справедливо, что лицо, дѣйствующее такимъ образомъ, свидѣтельствуетъ о зломъ умыслѣ и можетъ возбуждать опасеніе на будущее время; да притомъ, согласно нашей теоріи, государство можетъ наказывать, не только вредныя, но и опасныя дѣянія (*н.* 64). Но, не смотря на то, дѣяніе такого рода не есть дѣйствительное дѣяніе: оно лежитъ внѣ предѣловъ возможнаго. Гдѣ же слѣдовательно основаніе наказанію злаго умысла, который не обнаруживается соотвѣтственнымъ образомъ и не перешелъ въ область внѣшняго міра? Здѣсь воля не въ состояніи вызвать какое нибудь послѣдствіе. Поэтому такія дѣянія должны быть исключены изъ области уголовнаго права. Не его задача наказывать безнравственность характера, которая одна лишь здѣсь обнаружена. Можно для предотвращенія будущей опасности отдать виновника подъ полицейскій надзоръ, или, какъ это дѣлается въ Англіи и Сѣвероамериканскихъ Штатахъ, требовать отъ него, вслѣдствіе просьбы угрожаемаго, залога или поручительства, что онъ будетъ вести себя спокойно. Можно даже прибѣгнуть къ временному задержанію, въ случаѣ не представленія залога, или къ другимъ предупредительнымъ мѣрамъ. Но нельзя наказывать за невозможное преступленіе и смѣшивать преду-

---

ступнымъ предпріятіемъ и преднамѣреваемымъ послѣдствіемъ нѣтъ причинной связи, т. е. когда заблужденіе касается этой связи, напр. когда кто хочетъ отравить другаго сахаромъ; напротивъ того дѣяніе становится наказуемымъ, когда причинная связь была надлежащимъ образомъ понята, но намѣреніе неосуществилось по незнанію или ложному пониманію обстоятельства, составляющаго важный моментъ для совершенія, напр. я хочу отравить мышьякомъ, но по ошибкѣ подаю сахаръ.

Digitized by Google

прежденіе съ репресіею. Въ такомъ только случаѣ можно бы опредѣлить наказаніе, еслибъ законодатель подобные поступки счелъ самостоятельными преступленіями, относя ихъ къ опаснымъ угрозамъ, съ которыми эти поступки представляютъ большое сходство. Къ ошибочному субъективному воззрѣнію можетъ повести только слѣдованіе односторонней теоріи устрашенія или предупрежденія, или же смѣшеніе двухъ разныхъ понятій—юридическаго и нравственнаго вмѣненія. Было ли бы согласно съ разумомъ наказывать тамъ, гдѣ, какъ говоритъ Романіози (*Genesi del diritto penale*, Milano, 1836, § 747), сама природа ставитъ между обществомъ и злымъ предпріятіемъ валъ, который сильнѣе и незыблемѣе наказанія. Подвергать отвѣтственности въ такихъ случаяхъ значитъ отнимать слѣдствію объективное основаніе, какъ справедливо замѣчаетъ Миттермейеръ (*Gerichtssaal*, 1859, стр. 427), и уничтожать важное правило, по которому прежде всего должно быть изслѣдовано событіе преступленія. Въ противномъ случаѣ, намъ пришлось бы нпр. въ отравѣ считать незначительнымъ обстоятельство, былъ ли поданъ ядъ. О законодательствахъ, которыя въ случаѣ негодности средствъ или объекта вмѣняютъ покушеніе на преступленіе мы уже сказали выше (*н.* 126).

190. Заслуживаетъ вниманія встрѣчаемое въ наукѣ и практикѣ весьма спорное различіе между *безусловно негодными* и *относительно негодными* или *недостаточными средствами* (absolut und relativ untaugliche oder unzulängliche Mittel; impuissance de moyens absolue ou rélative; mezzi assolutamente inefficaci e mezzi relativamente inefficaci o non idonei) или, иначе говоря, между средствами негодными въ качественномъ и негодными въ количественномъ отноше-

Digitized by Google

ніи. Безусловная негодность средствъ ведетъ за собою безнаказанность, ибо она исключаетъ возможность начала исполненія (*преступленіе безусловно невозможное*). При недостаточности же средствъ покушеніе возможно (*преступленіе условно невозможное*), нпр. если предпріятіе не удалось вслѣдствіе неловкости или неосмотрительности виновника, или вслѣдствіе употребленія средства въ слишкомъ маломъ количествѣ, или же по поводу другихъ обстоятельствъ. Нѣтъ начала исполненія, и преступленіе—безусловно невозможно, еслибъ кто хотѣлъ отравить квасцами или изгнать плодъ посредстномъ розмариннаго масла. Напротивъ того слѣдуетъ вмѣнить покушеніе наказуемое, т. е. неудавшееся преступленіе (*н.* 202), когда лицо, которому поданъ опіумъ, привыкло къ его употребленію, или когда извѣстная пища нейтрализовала дѣйствіе яда. Что незаряженное ружье есть безусловно негодное средство для застрѣленія, это очевидно, какъ несомнѣнно и то, что ружье заряженное пулею и порохомъ есть средство соотвѣтственное. Но если кто стрѣляетъ изъ ружья, заряженнаго только порохомъ? На этотъ вопросъ нельзя дать общаго отвѣта; но должно обратить вниманіе на обстоятельства случая. Въ какомъ разстояніи ваходилось лицо, въ которое сдѣланъ выстрѣлъ? къ какой части тѣла прицѣлился виновникъ? могъ ли онъ лишить жизни однимъ пыжемъ? По мѣрѣ отвѣта на эти вопросы, мы будемъ въ состояніи рѣшить, имѣетъ ли мѣсто покушеніе или безусловно невозможное преступленіе.

191. Различіе негодныхъ и недостаточныхъ средствъ сдѣлано вслѣдствіе необходимости предупредить безнаказанность извѣстныхъ поступковъ, имѣющихъ только мнимое сходство съ ненаказуемыми предпріятіями. Многіе но-

Digitized by Google

вѣйшіе германскіе криминалисты [1]) отвергаютъ это различіе, принятое французскими и новѣйшими италіянскими (напр. у Tolomei, *Diritto penale*, Padova, 1866, стр. 234) авторами, считая его неосновательнымъ. Но если это различіе трудно указать въ теоріи, то достойно замѣчанія, что оно практикуется, какъ напр. во Франціи, Пруссіи и Австріи (Oppenhoff, в. п. м., стр. 74; Chauveau et Hélie, *Théorie*, I, 201; R. d. Villargues, в. п. м., art. 2, n° 41; Hye, *Erläuterung d. oester. St. G. B.*, I, 324), и что, по замѣчанію Zachariae (Gold. *Archiv*, V, 587), присяжные не могутъ затрудняться рѣшеніемъ вопроса, имѣетъ ли мѣсто по отношенію къ средствамъ начало исполненія. Брауншвейгское уложеніе (36), равно какъ и французская и прусская юриспруденція, отличаютъ *негодность дѣйствія* отъ негодности средствъ. Дѣйствіе, какъ справедливо говоритъ Бернеръ (*Gerichtssaal*, 1865, стр. 95), можетъ быть только недостаточно или относительно негодно, т. е. что невозможность совершенія существуетъ только по отношенію къ виновнику, напр.: онъ не распустилъ минеральнаго яда; влилъ въ ротъ только малое количество яду, остальное же пролилъ по неосмотрительности; худо прицѣлился. Нѣкоторыя германскіе кодексы, какъ брауншвейгскій (36), саксонскій (39) и дармштадскій (67), и по примѣру ихъ Улож. Имп. (ст. 115 изданія 1866 г.), дѣлятъ средства на недостаточныя и вполнѣ недѣйствительныя; въ послѣднемъ случаѣ они не полагаютъ наказанія. Новѣйшіе германскіе кодексы не касаются этого вопроса, предоставляя рѣшеніе его практикѣ.

---

[1]) Koestlin, *System*, стр. 225; Bar, *Versuch*, 14; Krug in Weiske's *Rechtslexicon*. XII, 733; Haelschner, *System*, 185; Geyer, *Erörterungen*, стр. 68, и въ *Gerichtssaal* 1866, стр. 78; Haeberlin, *Gerichtssaal*, 1865, стр. 227; Walter, *Kritisches Vierteljahresschrift*, V, 42.

Digitized by Google

III. Въ какихъ преступленіяхъ покушеніе возможно?

192. Прежде разсмотрѣнія степеней покушенія и ихъ наказуемости, мы должны разрѣшить вопросъ: въ какихъ преступленіяхъ покушеніе возможно?

Оно не можетъ имѣть мѣста въ преступленіяхъ неумышленныхъ: ибо изъ существа неумышленной вины истекаетъ, что она подлежитъ наказанію только въ минуту совершенія, т. е. когда наступило послѣдствіе. Неумышленное дѣяніе и покушеніе, это—понятія не совмѣстимыя, взаимно исключающія другъ друга. Для покушенія необходимо устремленіе воли къ осуществленію преступнаго намѣренія. А можно ли неумышленно дѣлать покушеніе, когда существо безпечности и неосторожности состоитъ въ томъ, что наступило противозаконное послѣдствіе, нисколько виновникомъ не желаемое, хотя и вмѣняемое ему въ вину? Тѣмъ болѣе нельзя говорить о покушеніи на такую неосторожность которая наказуема, хотя и не произвела никакого вреднаго послѣдствія. Такимъ образомъ покушеніе можетъ быть только умышленное.

193. Покушеніе равнымъ образомъ невозможно въ упущеніяхъ, т. е. въ нарушеніяхъ повелительнаго закона. Въ самомъ дѣлѣ, если законъ требуетъ исполненія извѣстныхъ дѣяній въ опредѣленный срокъ, то неисполненіе ненаказуемо до истеченія этого срока. Съ наступленіемъ срока, это неисполненіе становится вдругъ преступленіемъ совершеннымъ, напр. если кто, въ теченіи опредѣленнаго закономъ времени, не донесетъ начальству о найденныхъ имъ деньгахъ; если кто, въ минуту начатой передѣлки крыши, не выставитъ остерегательныхъ знаковъ. Если же повелительный законъ не полагаетъ срока, отвѣтственность и совершеніе преступ-

Digitized by Google

ленія существуютъ съ той минуты, въ которую лицо было въ состояніи удовлетворить требованію закона. Но другое дѣло если правонарушеніе можетъ быть совершено равнымъ образомъ и содѣяніемъ и упущеніемъ, напр. въ убійствѣ. Тутъ въ упущеніи или собственно въ *бездѣйствіи* (*н.* 67) покушеніе возможно, если упущеніе сдѣлано умышленно съ намѣреніемъ произвести противозаконное послѣдствіе, которое еще не наступило, напр. если мать, желая лишить жизни ребенка, не подвяжетъ ему пуповины, или не кормитъ его.

194. О покушеніи нельзя говорить въ *преступленіяхъ миновенныхъ* (*delits instantanés*) [1]), хотя и умышленныхъ, которыхъ совершеніе наступаетъ въ минуту перваго внѣшняго дѣйствія, т. е. въ которыхъ совершеніе совпадаетъ съ началомъ исполненія, какъ напр. въ обидахъ, угрозахъ и вообще въ преступленіяхъ совершаемыхъ словомъ, въ обидахъ символическихъ или въ обидахъ дѣйствіемъ, и въ присвоеніи ввѣренной чужой собственности, въ которомъ переходъ отъ законнаго отношенія къ противозаконному мгновененъ.

IV. Степени покушенія.

195. Покушеніе имѣетъ мѣсто когда начато исполненіе преступленія; оно прекъкается когда преступленіе совершено [2]). Между этими двумя крайностями существуетъ посте-

---

[1]) Эти преступленія названы у Romagnosi *delitti semplici* въ противуположность *delitti complessi*, т. е. преступленіямъ, состоящимъ изъ ряда дѣяній.

[2]) „*Reo del attentato è in via, reo della esecuzione è giù a riva*“. Dante. „*Conatus in itinere, crimen in meta est*“. Alciatus.

Digitized by Google

пенность, которая, по мѣрѣ приближенія къ совершенію, увеличиваетъ свое значеніе и вліяніе на наказуемость.

Уже италіянскіе практики различали покушеніе *отдаленное*, *близкое* и *самое близкое;* но по отношенію къ значенію этихъ названій существовало разногласіе. Это количественное различіе, основанное преимущественно на внѣшней сторонѣ преступленія, не могло обѣщать дѣйствительнаго результата для науки и практики. Надлежало вмѣстѣ съ тѣмъ обратить вниманіе и на причины неосуществленія преступнаго умысла, и, вслѣдствіе того, и на степень напряженія воли, такъ какъ при покушеніи возможно добровольное пріостановленіе дальнѣйшаго дѣйствія, оставленіе его. Нынѣ въ наукѣ и законодательствѣ принято различать: *покушеніе* въ тѣсномъ смыслѣ, или *недоконченное*, *прерванное покушеніе* (*tentative*, *conato*, *nicht beendigter Versuch*), и *покушеніе конченное* (*conatus perfectus*, *beendigter Versuch*) или *неудавшееся преступленіе* (*delit manqué; delitto mancato, frustrato; fehlgeschlagener Versuch*), состоящее въ окончаніи дѣянія безъ наступленія преднамѣреннаго послѣдствія. Въ недоконченномъ или прерванномъ покушеніи весьма важно различить, прервано ли дѣяніе по внутренному свободному побужденію, или по внѣшнимъ обстоятельствомъ, независящимъ отъ воли виновника (*оставленное* и *воспрепятствованное покушеніе*): ибо только по этимъ двумъ причинамъ человѣкъ можетъ пріостановить, прервать начатое дѣяніе, т. е. или когда онъ не хочетъ идти далѣе по пути къ преступленію, или не можетъ. Италіянскіе ученые, которые отдѣлили понятіе неудавшагося преступленія отъ покушенія [1]), говорятъ однако до сихъ поръ о близкомъ

[1]) Заслуга въ этомъ отношеніи преимущественно принадлежитъ Romagnosi (*Genesi del diritto penale*, Milano, 1836, § 679; сравн. Buonfanti, *Manuale di diritto penale*, Pisa, 1849, стр. 91). Уже въ Ланд-

Digitized by Google

и отдаленномъ покушеніи. То же самое находимъ въ дармштадскомъ кодексѣ.

196. Какое вліяніе имѣютъ на наказаніе оставленное, воспрепятствованное и конченное покушеніе и неудавшееся преступленіе?

1) *Оставленное покушеніе*, т. е. прерванное добровольно виновникомъ, имѣетъ мѣсто, когда виновникъ по собственному свободному побужденію пріостановляетъ дальнѣйшее дѣйствіе. *А* сыплетъ ядъ въ напитокъ, приготовленный для *Б*; но, вдругъ выливаетъ на землю этотъ напитокъ. Воръ разбилъ дверь, выбралъ нѣкоторые предметы, и потомъ удалился, не взявъ ничего. Наука и почти всѣ новѣйшія законодательства согласны въ томъ, что покушеніе оставленное должно быть безнаказанно [1]), разумѣется если дѣяніе, составляющее это покушеніе, само по себѣ не противозаконно (*qualificirter Versuch*). *К*, рѣшившись отравить *М* малыми пріемами, послѣ первой дозы оставляетъ свое намѣреніе. Если *М* былъ боленъ вслѣдствіе принятія яду, то *К* долженъ быть наказанъ за умышленное поврежденіе здоровья. Безнаказан-

---

рехтѣ прусскомъ 1794 г. (ст. 40, 41) разрознены понятія неудавшагося преступленія и воспрепятствованнаго покушенія. Но, такъ какъ сочиненіе Романіози напечатано 1791 г., то вѣроятно редакторы Ландрехта почерпнули свое воззрѣніе изъ этого сочиненія.

[1]) Въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ, согласно прежнему воззрѣнію, оставленное покушеніе вліяетъ только на смягченіе наказанія. (Temme, *Lehrb. v. schweiz. Str.-Recht*, Aarau, 1855, стр. 184). Видоизмѣненіе этого воззрѣнія находимъ у Otto (*vom Versuch*, Leipz. 1854, стр. 84 и слѣд.), который допуская не безусловно безнаказанность, требуетъ для этого, чтобъ виновникъ дѣйствовалъ въ противуположномъ смыслѣ, т. е. чтобъ тотчасъ уничтожилъ сдѣланное имъ дотолѣ. Но это не всегда примѣнимо и возможно.

Digitized by Google

ности оставленнаго покушенія требуетъ уголовная политика: безнаказанность можетъ побудить къ пріостановленію начатаго дѣйствія, особенно если виновникъ не закоренѣлый злодѣй, если въ минуту исполненія въ душѣ его происходитъ борьба между искушеніемъ и голосомъ совѣсти. Противуположное правило побуждало бы къ совершенію начатаго дѣянія, такъ какъ пріостановленіе его не устраняло бы отвѣтственности. Знаменитые нѣмецкіе ученые, Zachariae (*Lehre v. Versuch*, Götting. 1836—39, II, 239 и слѣд.), Köstlin (*Neue Revision*, Tübing. 1845, стр. 392), Hälschner (*Syst.*, I, 200), Berner (*Lehrb.*, § 104) и другіе усматриваютъ для безнаказанности оставленнаго покушенія еще чисто правовое основаніе. Оно состоитъ въ томъ, что если для наказуемости покушенія нужна злая воля и внѣшнее дѣяніе, то наказуемость уничтожается и поступокъ теряетъ характеръ покушенія, когда одно изъ этихъ условій будетъ устранено, т. е. когда злая воля будетъ взята обратно. Но какимъ образомъ то, что въ извѣстную минуту было покушеніемъ, можетъ перестать быть имъ въ слѣдующую минуту? Факты не умолимы: содѣяннаго нельзя сдѣлать не содѣяннымъ. Невозможно отвратить осуществленный уже отчасти злой умыселъ; можно только пріостановить дальнѣйшее его осуществленіе. Прошедшее не во власти виновника; посредствомъ перемѣны своего намѣренія онъ не можетъ перенести своего дѣянія изъ сферы дѣйствительности во внутреннюю сферу. Сдѣланное же имъ наказуемо какъ дѣяніе противное цѣлямъ государства, какъ дѣяніе опасное (*н.* 64). Такимъ образомъ безнаказанность оставленнаго покушенія можетъ быть оправдана только уголовно-политическими, утилитарными, но не правовыми соображеніями.

Digitized by Google

197. По какимъ *побужденіямъ* виновникъ пріостановилъ покушеніе: изъ угрызеній ли совѣсти, изъ страха наказанія, изъ опасности или состраданія? это безразлично [1]). Рѣшительное значеніе имѣетъ здѣсь только то обстоятельство, прервано ли дѣяніе по свободной волѣ или же по волѣ въ состояніи принужденія отъ внѣшнихъ обстоятельствъ? Жена приготовляетъ ядъ и уже подаетъ его мужу находящемуся въ безпамятствѣ; но вдругъ выливаетъ ядъ за окно вслѣдствіе угроженія со стороны служанки, что она донесетъ о томъ полиціи. Здѣсь, какъ справедливо замѣчаетъ Rauter (*Traité du droit crim.*, § 104), отступленіе отъ покушенія, хотя и вызванное внѣшнимъ вліяніемъ, было свободно: не смотря на угрозу, жена могла отравить мужа. Вопросъ о свойствѣ побужденій до того незначителенъ здѣсь, что даже и безнравственное побужденіе не уничтожаетъ безнаказанности: воръ ворвался въ квартиру, отперъ уже замокъ у кассы крючкомъ, но вспомнилъ, что черезъ три дня будетъ еще положена въ кассу значительная сумма, и откладываетъ кражу до того времени.

198. 2) *Покушеніе воспрепятствованное*, т. е. прерванное

---

[1]) Дармштадскій код. (69) требуетъ для безнаказанности въ этомъ случаѣ, чтобъ виновникъ пріостановилъ дѣяніе по раскаянію, что несоотвѣтственно и непрактично: несоотвѣтственно, такъ какъ этимъ смѣшивается право съ нравственностію; непрактично, ибо нѣтъ возможности убѣдиться, искренно ли или притворно это раскаяніе. Дѣйствующее законодательство (Ул. Им. 1610; Ул. Ц. П. 1111, н. 1) требуетъ тоже раскаянія для значительнаго смягченія наказанія въ случаѣ, когда учинившій поджогъ, потушитъ его въ самомъ началѣ. Этотъ случай названъ покушеніемъ; но онъ собственно относится ниже (*н.* 206).

Digitized by Google

по независящимъ отъ преступника обстоятельствамъ, имѣетъ мѣсто тогда, когда внѣшнее вліяніе, вопреки воли виновника, препятствуетъ совершенію, напр. я прицѣливаюсь въ *А*, желая его убить, но въ сію минуту *Б* выхватываетъ у меня ружье изъ рукъ; воръ вошелъ въ домъ потаеннымъ ходомъ, прикасается уже предмета, который онъ хочетъ украсть, и въ это мгновеніе застигаютъ его. Но если внѣшнее обстоятельство было только поводомъ для пріостановленія дѣянія, то слѣдуетъ полагать, что дѣяніе прервано добровольно. Въ указанномъ случаѣ покушеніе жены отравить мужа (*и.* 197), угроза служанки была обстоятельствомъ, хотя и независящимъ отъ воли преступника, но не препятствующимъ дѣянію вопреки воли виновника. Существенной причиной пріостановленія дѣянія была здѣсь свободная воля виновника. То же самое должно сказать о случаѣ, когда зажигатель приготовилъ уже горючіе матеріалы и зажигаетъ ихъ, и вдругъ подымается буря, раздается громъ, и виновникъ перепуганный бѣжитъ; или когда воръ, сдѣлавъ взломъ въ чужой квартирѣ, устрашенный видомъ трупа, тотчасъ удаляется.

199. Разрѣшеніе вопроса,—былъ ли виновникъ принужденъ пріостановить дальнѣйшее дѣйствіе или же сдѣлалъ это добровольно,—иногда сопряжено съ затрудненіями. Такія затрудненія встрѣчаются всегда на границѣ двухъ понятій. Этотъ вопросъ имѣетъ большую практическую важность, такъ какъ наказуемость воспрепятствованнаго покушенія не подлежитъ малѣйшему сомнѣнію, ни въ наукѣ, ни въ законодательствѣ: нельзя освобождать преступника отъ отвѣтственности потому, что случай воспрепятствовалъ осуществленію его предпріятія. Трудность представляется преимущественно при опредѣленіи внѣшнихъ препятствующихъ

Digitized by Google

обстоятельствъ. Существуетъ ли наказуемое покушеніе только въ случаѣ *препятствій непреодолимыхъ* (я цѣлюсь, чтобъ убить *А*, и въ ту минуту *Б* выхватываетъ у меня ружье), или же и въ случаѣ *препятствій устрашающихъ?* Разбойникъ, вооруженный палкой, нападаетъ на путешественника: но, видя направленный противъ себя пистолетъ, бѣжитъ. Здѣсь пріостановленіе покушенія нельзя считать добровольнымъ: разбойникъ былъ принужденъ удалиться подъ опасеніемъ быть убитымъ. Правда онъ могъ, не смотря на угрожающую ему смерть, продолжать нападеніе: но онъ здѣсь точно также состоитъ подъ вліяніемъ почти непреодолимаго принужденія, какъ и тотъ, который въ состояніи психическаго принужденія совершаетъ наказуемое дѣяніе (*н.* 130). Въ подобномъ случаѣ французская юриспруденція (Villargues, в. п. м., ст. 2, n° 47) усматриваетъ наличность внѣшняго препятствія, и слѣдовательно наказуемое покушеніе (*tentative caracterisée*). Но если пистолетъ былъ незаряженъ, и, слѣдовательно, препятствіе существовало только въ воображеніи разбойника? Нѣмецкая юриспруденція (Oppenhoff, в. п. м., стр. 78; Hocheder, в. п. м., I, 204) справедливо считаетъ такое заблужденіе внѣшнимъ препятствіемъ. Такимъ образомъ все равно, дѣйствительно ли или мнимо препятствіе. Все равно, отказывается ли виновникъ отъ покушенія потому, что приближается другое лицо, или по тому, что онъ полагаетъ будто оно приближается: въ обоихъ случаяхъ убѣжденіе его одинаково. Другое дѣло въ указанныхъ выше (*н.* 198 *in fine*) случаяхъ: тамъ внѣшнее, даже мнимое препятствіе не существуетъ, только виновникъ отказывается отъ покушенія по внутреннимъ побужденіямъ, вызваннымъ суевѣріемъ. Если же внѣшнее препятствіе такого рода, что оно посредствомъ извѣстнаго усилія можетъ быть устранено, то покушеніе должно считать оставленнымъ. Положимъ, что воръ про-

Digitized by Google

брался тайкомъ въ квартиру; но видя, что комната, въ которой находится касса, заперта, удаляется, хотя посредствомъ находящихся тамъ орудій онъ могъ взломить дверь. Въ этомъ случаѣ покушеніе должно быть безнаказанно. Изъ разбора этихъ случаевъ видно, что нельзя теоретически опредѣлить вообще границу между оставленнымъ и воспрепятствованнымъ покушеніемъ, и что вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ по обстоятельствамъ даннаго случая.

200. Какъ должно наказывать воспрепятствованное покушеніе? на равнѣ съ совершеніемъ или мягче? Мѣра наказанія основана не только на внутренней сторонѣ, но и на внѣшней (*и.* 41). Наказаніе должно быть соразмѣряемо не только со степенью злаго умысла, но и со степенью развитія дѣянія. Въ дѣяніи конченномъ, оба момента, оба основанія наказанія, воля и дѣйствіе, находятся въ равновѣсіи. Въ покушеніи преобладаетъ воля; здѣсь не только послѣдствіе, имѣющее важное вліяніе на наказаніе не наступило, но и самое дѣяніе не кончено. Еслибъ мы не обращали надлежащаго вниманія на отношеніе обѣихъ сторонъ преступленія, еслибъ мы масштабомъ наказанія считали преимущественно внутреннюю вину; то логическимъ послѣдствіемъ такого субъективнаго воззрѣнія была бы необходимость наказывать одно намѣреніе или минимое преступленіе,—наказывать баварца, за то, что онъ, какъ пишетъ Фейербахъ, хотѣлъ замолить врага (*и.* 189). Не всегда можно знать навѣрно, совершилъ ли бы виновникъ преступленіе, кончилъ ли бы онъ дѣяніе, еслибъ не произошло препятствіе. Наказывать въ такомъ случаѣ на равнѣ съ совершеніемъ значило бы наказывать на основаніи простаго предположенія. Нельзя, говоритъ Росси (*Traité du droit pen.*, liv. II, chap. 31), вводить на плаху и убійцу, котораго жертва лежитъ уже въ могилѣ, и того, котораго мнимая жер-

Digitized by Google

тва, здрава и невредима вслѣдствіе воспрепятствованія преступленію, стоитъ среди зрителей, чтобъ присматриваться исполненію смертнаго приговора надъ своимъ мнимымъ убійцей. Уголовная политика требуетъ тоже значительнаго смягченія наказанія въ случаѣ воспрепятствованнаго покушенія: ибо еслибъ ставить его на равнѣ съ совершеніемъ, то это побуждало бы виновника довести дѣло до конца при первомъ удобномъ случаѣ.

201. Въ наукѣ почти единогласно признаютъ необходимость наказывать покушеніе воспрепятствованное несравненно мягче противъ совершенія. Это воззрѣніе признано уже италіянскими практиками, особенно подъ вліяніемъ канонистовъ, которые опредѣленіе смягченнаго наказанія оправдывали тѣмъ, что Богъ хотѣлъ предотвратить послѣдствіе, чтобъ защитить такимъ образомъ виновника и подвергнуть его менѣе строгому взысканію. Замѣчательно, что уже у Платона находимъ эту мысль. Онъ говоритъ, что если виновникъ не совершилъ преступленія, это значитъ, что геній распростеръ надъ нимъ свое покровительство. Французскій кодексъ, подъ вліяніемъ теоріи устрашенія, ставитъ воспрепятствованное покушеніе на преступленіе (*crime*) и неудавшееся преступленіе (*crime*) на равнѣ съ совершеніемъ; покушеніе же на проступокъ (*délit*) подлежитъ наказанію только въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ. Эту систему охуждаютъ всѣ французскіе авторы. Она несправедлива, не только по поводу поставленія на равнѣ покушенія и совершенія, но и по поводу произвольнаго различія crime и délit по отношенію къ покушенію. Въ противуположность французской системѣ, принятой съ нѣкоторыми измѣненіями кодексами испанскимъ и бразильскимъ, система многихъ германскихъ законодательствъ, кодексы италіянскій и нѣкото-

Digitized by Google

рыхъ швейцарскихъ кантоновъ, и Улож. Имп. 1866 г. (114, 115) опредѣляютъ постепенно болѣе строгое наказаніе по мѣрѣ приближенія дѣянія къ исполненію. Улож. для Цар. Польс. (121) [1]) и кодексы шведскій (гл. 14, § 2; гл. 20, § 9) и бельгійскій 1867 (52) смягчаютъ тоже наказаніе въ случаѣ покушенія. Посредствующее, но непослѣдовательное, воззрѣніе принято кодексами прусскимъ и ольденбургскимъ, которые слѣдуютъ французской системѣ съ тѣмъ существеннымъ различіемъ, что если за совершеніе угрожаетъ смертная казнь или пожизненное лишеніе свободы, то за покушеніе опредѣляется только временное лишеніе свободы. Съ меньшею непослѣдовательностію поступили законодательства баварское (49) и вюртембергское (зак. 13 Августа 1849, ст. 10): принимая французское начало, они предоставили судьямъ значительно понижать наказаніе и за менѣе важныя правонарушенія.

202. *Покушеніе конченное* и *неудавшееся преступленіе.* По отношенію къ прогрессу дѣянія могутъ существовать только два вида покушенія: недоконченное (оставленное или воспрепятствованное) и конченное покушеніе или неудавшееся преступленіе. Граница между ними будетъ осязаема, если мы представимъ положительное опредѣленіе конченнаго покушенія. По обыкновенному опредѣленію съ объективной точки зрѣнія, преступленіе считается оконченнымъ, когда виновникъ сдѣлалъ все, *что* съ его стороны *было нужно* для совершенія преступленія. Такое опредѣленіе принято кодексами вюртембергскимъ, брауншвейгскимъ, баденскимъ, гановерскимъ и дармштадскимъ. Напротивъ того законода-

---

[1]) Ул. Ц. П. не смягчаетъ наказанія въ неудавшемся преступленіи.

Digitized by Google

тельство саксон. (40) и дѣйствующее (Улож. Имп. 115; Улож. Цар. Пол. 122), смотря съ субъективной точки зрѣнія, считаютъ покушеніе конченнымъ когда виновникъ совершилъ все, что *считалъ нужнымъ* для приведенія своего намѣренія въ исполненіе. Оба эти опредѣленія ошибочны. Первое само себѣ противурѣчитъ, ибо если виновникъ сдѣлалъ все, что было нужно для произведенія злаго послѣдствія, то послѣдствіе это должно вполнѣ наступить и преступленіе должно совершиться, такъ какъ къ тому, что необходимо для совершенія, слѣдуетъ отнести и ловкость, и надлежащее обсужденіе всѣхъ обстоятельствъ, и соотвѣтственное обдуманіе и управленіе причинною связію во внѣшнемъ мірѣ. По второму опредѣленію каждое мнимое преступленіе должно быть наказываемо какъ конченное покушеніе, напр. если кто, желая лишить другаго жизни, поднесетъ ему въ нюхательномъ табакѣ растертый въ порошекъ зубъ трупа. Болѣе соотвѣтственно опредѣленіе франц. кодекса и другихъ слѣдующихъ ему: „Неудавшееся преступленіе существуетъ тогда, когда послѣдствіе не удалось по обстоятельствамъ независѣвшимъ отъ воли преступника.“ Еще выразительнѣе опредѣленіе австрійскаго код. (8): „покушеніе подлежитъ наказанію, когда виновникъ предпринялъ дѣяніе, *ведущее къ дѣйствительному исполненію*, но совершеніе не наступило по неловкости или по другому препятствію.“ Однако жъ это общее опредѣленіе австрій. код. не различаетъ конченнаго и недоконченнаго покушенія.

203. Чтобъ въ опредѣленіи неудавшагося преступленія указать отличительныя его черты, слѣдуетъ соединить опредѣленіе франц. и австрій. кодексовъ такимъ образомъ: „неудавшееся преступленіе имѣетъ мѣсто тогда, когда виновникъ исполнилъ дѣяніе, ведущее къ дѣйствительно-

Digitized by Google

му совершенію, но намѣреваемое послѣдствіе не наступило по обстоятельствамъ, независѣвшимъ отъ воли виновника (нпр. я выстрѣлилъ въ *А*, но пуля отскочила отъ застежки пояса)". Слѣдующій случай, кажущійся сразу мнимымъ преступленіемъ, составляетъ неудавшееся прест. Я прицѣливаюсь въ сумеркахъ изъ заряженнаго ружья въ *Б*, стоящаго подъ деревомъ, и стрѣляю, не замѣтивъ, что онъ въ это мгновеніе удалился. Но еслибъ я увидѣвъ *Б*, взялся заряжать ружье, и прицѣливался уже когда онъ удалился, то въ такомъ случаѣ существовало бы мнимое преступленіе: ибо удаленіе *Б* исключаетъ возможность начала исполненія, и слѣдовательно предпринятое мною дѣйствіе не повело къ дѣйствительному исполненію. Что касается преступленій, въ которыхъ дѣяніе состоитъ изъ ряда дѣйствій, можно сказать: что неудавшееся преступленіе имѣетъ мѣсто, когда *послѣднее необходимое дѣйствіе*,—или, какъ говоритъ Carrara (*Programma*, ed. Lucca 1860, стр. 129), *послѣднее завершающее дѣйствіе* (*ultimo atto consumativo*),—не имѣло послѣдствія (нпр. когда отравленный, въ слѣдствіе рвоты, освободился отъ яда), или же когда одно изъ дѣйствій, предшествующихъ *завершающему*, было негодно (*п.* 191) нпр. виновникъ не распустилъ минеральнаго яда (срав. Carrara, *Lezioni sul grado del delitto*, ed. 6, Lucca 1870, стр. 107, слѣд.).

204. Неудавшееся преступленіе можетъ имѣть мѣсто только въ такихъ противозаконныхъ дѣяніяхъ, для бытія которыхъ законъ требуетъ извѣстнаго матеріальнаго вреднаго послѣдствія, т. е. въ такъ называемыхъ *матеріальныхъ преступленіяхъ* (*п.* 175), каковы: убійство, изгнаніе плода, зажигательство. Въ преступленіяхъ же формальныхъ,—для бытія которыхъ достаточно совершеніе извѣстнаго дѣянія, наступленіе же извѣстнаго послѣдствія не необходимо,—можетъ

Digitized by Google

имѣть мѣсто только недоконченное покушеніе, но неудавшееся преступленіе невозможно, нпр. въ составленіи подложнаго документа, въ многобрачіи, въ изнасилованіи, въ обольщеніи и въ воровствѣ, которое съ овладѣніемъ вещи считается совершеннымъ. Здѣсь между покушеніемъ и совершеніемъ средняя ступень, т. е. неудавшееся преступленіе, не возможна. Въ случаѣ сомнѣнія, — существуетъ ли въ данномъ случаѣ неудавшееся преступленіе или уже совершеніе,—должно обратить вниманіе на законное опредѣленіе даннаго преступленія т. е. на признаки, составляющіе существенныя условія его бытіи (*и.* 180).

205. Указанныя выше основанія смягченія наказанія, въ случаѣ покушенія, требуютъ принятія такого же правила по отношенію къ неудавшемуся преступленію. Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь степень вины выше нежели въ покушеніи; но все таки наказуемость ниже наказуемости совершенія. Въ неудавшемся преступленіи нѣтъ равновѣсія между внутреннею и внѣшнею стороною, такъ какъ существенная часть послѣдней, послѣдствіе, не наступило. Нѣкоторые полагаютъ, что случай не можетъ здѣсь имѣть вліянія на наказуемость. Однако жъ и въ воспрепятствованномъ покушеніи случай составляетъ причину несовершенія преступленія и безнаказанности, нпр. *А*, составивъ подложное письмо *Б*, отправляется отъ его имени къ *В*, чтобъ получить отъ послѣдняго будто бы требуемые *Б* деньги; *В*, введенный въ заблужденіе, уже вынимаетъ бумажникъ; но вдругъ случайно входитъ *Б* и истина обнаруживается. Если мы признаемъ наступленіе послѣдствія фактомъ вліяющимъ на мѣру наказанія, то и случай не можетъ не имѣть нѣкотораго на нее вліянія, такъ какъ для наступленія послѣдствія необходимо нетолько соотвѣтственное дѣйствіе виновника, но и содѣйствіе силъ природы и соотвѣт-

Digitized by Google

ственная внѣшная обстановка (*н.* 176). Если случай имѣетъ вліяніе на увеличеніе наказанія, когда оно содѣйствуетъ наступленію послѣдствія болѣе наказуемаго противъ преднамѣреннаго виновникомъ (нпр. ударъ кулакомъ въ голову причиняетъ смерть *A* потому, что пораженный былъ расположенъ къ апоплексическому удару), то онъ долженъ имѣть вліяніе и на смягченіе наказанія (*н.* 114). Защитники уравненія неудавшагося преступленія съ совершеніемъ по отношенію къ наказанію утверждаютъ, что въ первомъ дѣяніе кончено субъективно. Однако жъ, не говоря уже объ односторонности такого воззрѣнія (*н.* 41 и 200), можетъ случиться что преступленіе неудалось потому, что виновникъ не имѣлъ достаточной рѣшимости, что его преступная воля не была столь сильна какъ воля того, который дѣйствовалъ въ подобномъ случаѣ съ бо́льшею осмотрительностію.

206. Въ покушеніи виновникъ еще господствуетъ надъ дѣяніемъ, онъ еще можетъ отступиться. Въ неудавшемся преступленіи виновникъ кончилъ преднамѣренное имъ дѣяніе; взять обратно того, что онъ сдѣлалъ, ему не возможно. Но въ извѣстныхъ случаяхъ онъ можетъ предупредить, *предотвратить вредное послѣдствіе.* Это можетъ случиться, когда между конченнымъ дѣяніемъ и полнымъ наступленіемъ послѣдствія должно истечь извѣстное время, когда виновникъ выжидаетъ послѣдствія. Мать оставила ребенка въ уединенномъ мѣстѣ; по прошествіи извѣстнаго времени, она изъ раскаянія или опасенія отвѣтственности возвращается, и беретъ ребенка, съ которымъ ничего худаго не случилось. Виновникъ положилъ подъ соломенную крышу зажженные уголья, но вынулъ ихъ до вспышки огня. Однако жъ, если виновникъ уже перестаетъ господствовать надъ послѣдствіемъ, то перемѣна намѣренія, какъ не могу-

Digitized by Google

щая уже имѣть никакого вліянія, не имѣетъ значенія по отношенію къ наказуемости. Мать возвращается къ ребенку, но онъ уже умеръ вслѣдствіе холода или съѣденъ дикими звѣрями; зажигатель, едва сошелъ съ чердака, возвращается, чтобъ вынуть зажженное уголье, между тѣмъ огонь уже объялъ всю соломенную крышу. Саксонскій кодексъ (42) предвидитъ предотвращеніе послѣдствія, и считаетъ его смягчающимъ обстоятельствомъ; тоже самое постановляетъ дѣйствующе законодательство по отношенію къ зажигательству (*н.* 197, *ссылка*). Въ этомъ случаѣ код. франц., бавар., италіянскій и другіе освобождаютъ виновника отъ наказанія. Другое дѣло, если нпр. кто украдетъ вещь и отдастъ ее. Здѣсь существуетъ совершеніе и уничтоженіе наступившаго уже послѣдствія.

207. Наконецъ мы должны обратить вниманіе на то, что собственно конченное покушеніе и неудавшееся преступленіе—не однозначущія понятія. Понятіе неудавшагося преступленія полнѣе. Между конченнымъ покушеніемъ, — котораго отличительная черта совершеніе послѣдняго необходимаго дѣйствія, — и неудавшимся преступленіемъ лежитъ извѣстный промежутокъ времени, который выполняется обнаруженіемъ силъ природы, нпр. въ поджогѣ конченное преступленіе завершается въ мгновеніе положенія уголья подъ крышу; слѣдующее за тѣмъ время,—въ продолженіи котораго разгараются уголья, образуется пламя и обхватываетъ солому, и вдругъ начинаетъ падать проливный дождь, который тушитъ огонь,—относится уже исключительно къ области неудавшагося преступленія, къ которому, наравнѣ съ оконченнымъ покушеніемъ, принадлежатъ всѣ предшествовавшія дѣянія.

Digitized by Google

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Участіе въ преступленіи.

A. Объ участіи вообще.

208. Разсматривая внѣшнюю сторону преступленія, мы обращали преимущественно вниманіе на дѣйствіе, а не на виновника. Мы полагали, что субъектъ дѣянія—единичное лицо. Однако жъ иногда случается, что преступленіе совершается совмѣстно нѣсколькими лицами, какъ результатъ взаимнаго соглашенія, какъ плодъ общей всѣмъ имъ вины. Преступная рѣшимость, приготовленіе и исполненіе могутъ быть раздѣлены между сообщниками; или же каждый изъ нихъ принимаетъ наравнѣ съ другими участіе на каждой ступени развитія дѣянія. Этимъ предметомъ занимается ученіе объ участіи въ преступленіи или о стеченіи преступниковъ (*concursus delinquentium*, *complicità*, *Theilnahme am Verbrechen*). Когда существуетъ такое соучастіе? какіе его виды? и какое ихъ вліяніе на наказаніе? Вотъ самые важные въ этомъ ученіи вопросы.

209. Объ участіи можно говорить только въ преступленіяхъ умышленныхъ. Неумышленность и участіе въ преступленіи, это—два противуположныя понятія. Участіе и сообщничество состоятъ въ сознательномъ совмѣстномъ дѣйствіи нѣсколькихъ лицъ для осуществленія общаго преступнаго намѣренія: каждый изъ соучастниковъ долженъ желать противозаконнаго послѣдствія. Существо же неумышленной вины состоитъ въ томъ, что виновникъ не имѣлъ намѣренія вызвать послѣдствіе, которое произведено его дѣяніемъ. Мо-

Digitized by Google

жетъ случиться, что отъ безпечности или неосторожности нѣсколькихъ лицъ произойдетъ вредное послѣдствіе, напр. пожаръ или смерть. Однако жъ этихъ лицъ нельзя назвать соучастниками, совиновными: каждое изъ нихъ будетъ отвѣчать отдѣльно, самостоятельно, за свою вину. Равнымъ образомъ невозможно неумышленное участіе въ умышленномъ преступленіи другаго лица. Слесаря, — вопреки запрещенію продающаго неизвѣстному лицу отмычки, посредствомъ которыхъ будетъ совершена кража, — не льзя считать участникомъ въ ней, если онъ дѣйствовалъ безъ намѣренія принять участіе въ этомъ преступленіи; онъ можетъ отвѣчать только за несоблюденіе предписанной закономъ осторожности. Тоже самое касается и химика, который съ научною цѣлью объясняетъ другому лицу способъ отравленія, неоставляющій никакихъ слѣдовъ въ организмѣ; между тѣмъ какъ это лицо воспользуется такимъ объясненіемъ для совершенія убійства.

210. Прежде чѣмъ приступить къ ученію объ участіи въ преступленіи или о стеченіи нѣсколькихъ лицъ въ одномъ и томъ же преступленіи, обратимъ вниманіе на то, что мы должны здѣсь ограничиться изученіемъ участія въ тѣсномъ смыслѣ т. е. такъ называемаго *стеченія возможнаго* (*concurs facultativus*) въ противуположность *стеченію необходимому* (*c. necessarius*). Стеченіе возможное есть такое участіе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ и томъ же преступленіи, которое не составляетъ существеннаго его условія. Это стеченіе и называется возможнымъ потому, что преступленіе можетъ быть равнымъ образомъ совершено однимъ или нѣсколькими лицами. Такое стеченіе можетъ существовать въ убійствѣ, въ воровствѣ, обманѣ и т. д. Напротивъ того въ стеченіи необходимомъ участіе двухъ или болѣе лицъ обусловливаетъ понятіе преступленія до того, что безъ

Digitized by Google

участія нѣсколькихъ лицъ преступленіе не мыслимо, напр. въ прелюбодѣяніи, въ поединкѣ, въ бунтѣ, въ составленіи шайки разбойниковъ. Стеченіе возможное есть понятіе общее, не связанное съ понятіемъ того или другаго преступленія; между тѣмъ какъ стеченіе необходимое свойственно только нѣкоторымъ преступленіямъ, какъ истекающее изъ ихъ сущности. Поэтому о стеченіи необходимомъ слѣдуетъ говорить въ особенной части уголовнаго права при изученіи каждаго изъ преступленій, которымъ это стеченіе свойственно. Не должно смѣшивать такой *юридической необходимости стеченія* съ *фактическою*, т. е. когда въ данномъ случаѣ для совершенія преступленія, по обстоятельствамъ предпріятія или по поводу индивидуальности виновника, нужно содѣйствіе другихъ лицъ, напр.: въ задушеніи или изнасилованіи, если виновникъ опасается сильнаго сопротивленія; въ воровствѣ, если предметъ воровства не можетъ быть унесенъ однимъ лицомъ. Не смотря на такую фактическую необходимость, все таки стеченіе считается здѣсь *возможнымъ стеченіемъ*: ибо такая необходимость не имѣетъ ничего общаго съ существомъ этихъ преступленій, такъ какъ они могутъ быть содѣяны и однимъ лицомъ. Еще въ двухъ случаяхъ необходимое стеченіе есть только мнимое: 1) когда стеченіе составляетъ обыкновенную форму преступленія, но не обусловливаетъ его бытія, хотя всѣ участвующіе дѣйствуютъ подъ вліяніемъ одного и тогоже намѣренія, напр. въ государственной измѣнѣ; 2) когда существуетъ содѣйствіе нѣсколькихъ лицъ, но даже нѣтъ единства преступнаго намѣренія какъ въ предъидущемъ случаѣ, напр. въ укрывательствѣ, въ недонесеніи о преступленіи (*н.* 213, 214 *ниже*), въ сводничествѣ по отношенію къ прелюбодѣянію. Оставляя въ сторонѣ стеченіе необходимое, замѣтимъ, что оно можетъ быть раздѣлено на двѣ групы. *Первая* состоитъ во взаимномъ со-

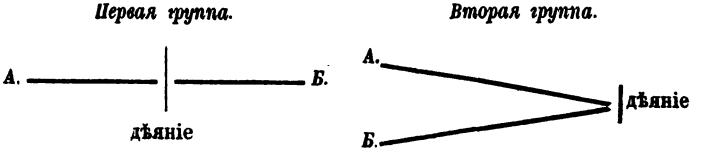
Digitized by Google

дѣйствіи: намѣреніе и дѣятельность субъектовъ пополняются такимъ образомъ, что, отправляясь отъ противуположныхъ точекъ, встрѣчается въ одной цѣли, въ одномъ *actus delicti* (прелюбодѣяніе, поединокъ). Ко *второй группѣ* принадлежитъ совмѣстное дѣйствіе въ одностороннемъ направленіи, для осуществленія общаго противозаконнаго намѣренія (возстаніе, скопленіе [1]).

211. По тремъ моментамъ времени раздѣляютъ *участіе* возможное на *предшествующее*, *современное* и *послѣдующее* за преступленіемъ *(concursus antecedens, concomitans et subsequens)*. Первое совершается посредствомъ содѣйствія къ приготовленію доставленіемъ средствъ, устраненіемъ препятствій и подстреканіемъ; слѣдовательно, за исключеніемъ подстреканія, это собственно не есть участіе въ преступленіи. Второе состоитъ въ содѣйствіи при самомъ совершеніи преступленія. Третье—въ пособленіи виновника, совершившаго уже преступленіе, нпр. укрывательство, недонесеніе о содѣянномъ преступленіи; но то, что наступаетъ послѣ совершенія дѣянія, не можетъ составлять его нераздѣльной части: это отдѣльное, самостоятельное преступленіе. Такимъ образомъ указанное дѣленіе лишено основанія и не представляетъ практической пользы, преимущественно по отношенію къ степени наказуемости: ибо нельзя на-

---

[1]) Эти двѣ группы Schütze (*Nothwendige Theilnahme*, Leipz., 1869, стр. 318 слѣд.), изображаетъ въ слѣдующемъ начертаніи:



Digitized by Google

передъ опредѣлить бо́льшой или меньшей виновности каждаго изъ этихъ трехъ видовъ участія.

212. Основываясь на такомъ ошибочномъ дѣленіи, наука изобрѣла различные степени и оттѣнки стеченія; что и введено въ баварское уложеніе 1813 г. Этому примѣру послѣдовали кодексы: прежній ольденбургскій 1814 г., ганноверскій, брауншвейгскій, саксонскій, швейцарскіе и дѣйствующее законодательство. Такія подробныя дѣленія, вмѣсто того, чтобъ дать судьѣ возможность произносить справедливые приговоры, повели къ запутанности. Кромѣ того нѣкоторыя изъ этихъ законодательствъ (Ул. Имп. 124; Ул. Ц. П. 131; сакс.; люцерн. и базилейское) за послѣдующее участіе, состоящее въ укрывательствѣ полагаютъ наказаніе, составляющее извѣстную часть наказанія, опредѣленнаго виновнику; кодексы француз., испан. и бразил. считаютъ тоже укрывателей участниками въ преступленіи (*complices*). Однако жъ *укрывательство*, имѣющее цѣлью сокрытіе преступника или истребленіе слѣдовъ преступленія, есть дѣяніе самостоятельное, есть противозаконная связь съ виновникомъ, образующаяся уже послѣ совершенія преступленія. Поэтому укрывательства нельзя считать участіемъ въ первоначальномъ преступленіи, исключая если укрывательство было обѣщано еще до совершенія преступленія, ибо тогда укрыватель былъ бы дѣйствительнымъ участникомъ. Оставляя въ сторонѣ подробное разсмотрѣніе укрывательства,—такъ какъ оно по своему характеру самостоятельнаго преступленія принадлежитъ къ особенной части уголовнаго права,—здѣсь скажемъ только то: что укрывательство въ отношеніи къ укрываемому преступленію составляетъ *придаточное преступленіе*, которое состоитъ въ такомъ отношеніи къ первоначальному какъ придаточный до-

Digitized by Google

говоръ къ главному. Бытіе укрывательства зависитъ отъ главнаго преступленія: укрывательство дѣянія, которое не признано преступленіемъ, не имѣетъ противозаконнаго характера. Кромѣ того, между преступленіемъ укрываемымъ и укрывательствомъ, по отношенію къ наказанію, должна существовать извѣстная пропорціональность. Чѣмъ важнѣе преступленіе, тѣмъ строже должно быть наказываемо укрывательство. Укрывающій завѣдомо вещи, похищенныя убійцей, несравненно виновнѣе укрывателя вещей, похищенныхъ воромъ, или укрывателя подозрѣвающаго только, что вещь добыта преступленіемъ. Промышляющій укрывательствомъ преступленій виновнѣе укрывающаго въ одномъ данномъ случаѣ изъ корысти. Послѣдній же виновнѣе укрывателя по состраданію дружбѣ, родству и проч. Поэтому за укрывательство должны быть опредѣляемы разнаго рода и степени наказанія, съ предоставленіемъ судьѣ выбора ихъ; или же законодатель можетъ кромѣ того указать на болѣе важные случаи укрывательства и опредѣлить имъ болѣе строгое наказаніе.

213. Выясненіе существеннаго значенія *укрыеательства* составляетъ заслугу Nani *(Principii di giurisprudenza crim.*, Milano, 1812). Его воззрѣнію послѣдовали италіянскіе, нѣмецкіе и французскіе криминалисты. Недавно Carrara взялъ на себя защиту стараго воззрѣнія *(Discorso sulla ricettazione di cose furtive*, Lucca, 1862). По его мнѣнію, противники его ошибаются въ томъ, что они не отличаютъ *преступленія исполненнаго* отъ *оконченнаго*, преимущественно по отношенію къ укрывательству украденныхъ вещей, хотя въ томъ, что касается укрывательства лица, т. е. самаго преступника, и слѣдовъ преступленія, общепринятое воззрѣніе — справедливо. Если кто пере-

Digitized by Google

несъ украденную вещь въ другое мѣсто, то кража уже совершена въ юридическомъ смыслѣ, хотя виновникъ и не достигъ окончательнаго предѣла своего дѣянія. Но съ онтологической точки зрѣнія здѣсь дѣяніе еще не окончено. Окончательная цѣль вора—продать украденную вещь и имѣть деньги, обогатиться. Если же дѣянія, предпринятыя съ этою цѣлію послѣ совершенія кражи, состоятъ съ нею въ неразрывной связи, то лицо, содѣйствующее въ нихъ вору, имѣетъ участіе въ преступленіи. Правда, что за такія дѣянія не взыскивается отдѣльно съ вора; но это оттого только, что они по отношенію къ отвѣтственности сопряжены съ кражею, а не потому, что они ненаказуемы. Еслибъ же согласиться на то, что эти дѣянія ненаказуемы; то тотъ, который въ состояніи совершеннаго опьяненія взялъ чужую вещь и послѣ того въ трезвомъ видѣ удержалъ ее, не долженъ подлежать наказанію. Слѣдовательно, такъ какъ эти дѣянія по отношенію къ вору наказуемы, то они равнымъ образомъ должны быть наказуемы по отношенію къ тому, который содѣйствовалъ въ этомъ вору. Право собственности продолжается безпрерывно и послѣ нарушенія его кражею; поэтому оно нарушается послѣ кражи и воромъ, и тѣмъ, который покупаетъ или укрываетъ украденную вещь.

Такія соображенія не могутъ поколебать общепринятаго воззрѣнія. Каррара самъ согласенъ въ томъ, что съ минутою уноса вещи кража вполнѣ совершена въ юридическомъ смыслѣ. Слѣдовательно содѣйствующій вору въ послѣдующихъ затѣмъ дѣяніяхъ имѣетъ предъ лицомъ закона участіе не въ воровствѣ, а въ дѣяніи, посредствомъ котораго воръ хочетъ извлечь желаемую пользу. Каррара дѣлаетъ ложные выводы изъ правильнаго основанія. Нельзя въ самомъ дѣлѣ отрицать, что въ нѣкоторыхъ матеріаль-

Digitized by Google

ныхъ преступленіяхъ (*п.* 175) — преимущественно же состоящихъ въ причиненіи матеріальнаго вознаградимаго вреда (нпр. въ воровствѣ, обманѣ и проч.),—вина преступника состоитъ не только въ произведеніи этого послѣдствія, но и въ напряженіи злаго умысла съ цѣлію упрочить это послѣдствіе. Однако жъ считать лицо, — входящее въ противозаконное соотношеніе съ преступникомъ уже послѣ совершенія преступнаго дѣянія, — участвующимъ въ этомъ дѣяніи значитъ тоже самое, что наказывать,—какъ этого требовали прежніе криминалисты,—одобреніе (*ratihabitio*) уже совершеннаго преступленія.

214. Къ участію въ преступленіи относятъ нѣкоторые кодексы (баварскій, тюрингскій и дѣйствующія Уложенія) *попустительство* и *недонесеніе объ умышляемомъ* или же *о содѣянномъ преступленіи*. Но эти дѣянія, на равнѣ съ укрывательствомъ,—самостоятельны, и они наказуемы преимущественно когда касаются болѣе важныхъ преступленій. Если же попустительство, или составляющее видъ его недонесеніе объ умышляемомъ преступленіи, имѣютъ мѣсто вслѣдствіе предварительнаго соглашенія съ преступникомъ, то они составляютъ участіе въ преступленіи.

215. Самое простое и соотвѣтственное сущности предмета дѣленіе, есть дѣленіе лицъ участвующихъ въ преступленіи на *виновниковъ* и *пособниковъ* (*auteurs et complices, Urheber und Gehülfen, delinqenti principali e accesorii, principals and accessaries*). Это дѣленіе,—принятое въ кодексахъ австрій. 1803 и франц. 1810 г., и признанное послѣ наукою и новѣйшими законодательствами,—заключаетъ въ себѣ два главные вида участія, т. е. непосредственное участіе въ совершеніи и содѣйствіе безъ прямаго участія. Впрочемъ

Digitized by Google

нѣтъ сомнѣнія, что въ каждомъ случаѣ можетъ существовать много оттѣнковъ вины между участвующими въ преступленіи; но эти оттѣнки должны быть предоставлены усмотрѣнію судьи. Однако жъ для всѣхъ случаевъ существуетъ то общее указаніе: что лица, участвующія въ преступленіи, суть или главные виновники или же занимаютъ второстепенное мѣсто (*пособники*). Это воззрѣніе упрочилось у италіянскихъ практиковъ, преимущественно подъ вліяніемъ канонической права; причемъ они признавали низшую наказуемость пособниковъ.

216. Исходною точкою для отличенія виновниковъ отъ пособниковъ считаютъ одни *объективное*, другіе *субъективное воззрѣніе*. По первому воззрѣнію Фейербаха (*Lehrb.*, §§ 44, 45) и другихъ, виновникъ есть *главная причина* совершенія, пособникъ — *придаточная*. Но гдѣ мѣрило для опредѣленія, которая изъ причинъ главная или придаточная? Всѣ причины дѣйствуютъ для произведенія послѣдствія; можно только сказать, что одна дѣйствуетъ сильнѣе другой. Такимъ образомъ эта теорія сводится къ тому, что виновникъ сдѣлалъ много, пособникъ же мало, что иногда на практикѣ окажется ложнымъ. Иные, какъ Luden (*Handb.*, 1847, I, 342, слѣд.) и Temme (*Lehrb. d. preuss. Strafrechts*, стр. 333, слѣд., 348 слѣд.), придерживаясь тоже объективнаго воззрѣнія, виновниками считаютъ тѣхъ, которые принимали *физическое* участіе въ самомъ совершеніи преступленія, т. е. которые произвели противозаконное послѣдствіе, пособниками же—всѣхъ непринимающихъ участія въ самомъ совершеніи. Такое воззрѣніе ведетъ къ ложнымъ результатамъ. Согласно ему тотъ, кто склонилъ другаго къ совершенію убійства обѣщаніемъ награды и доставилъ ему всѣ средства, есть пособникъ; тотъ же, кото-

Digitized by Google

рый только былъ на сторожѣ во время исполненія убійства считается виновникомъ, и долженъ быть наказанъ какъ убійца. А можно ли сомнѣваться, что вина перваго не сравненно выше вины втораго? Для субъективнаго воззрѣнія,—котораго представители Köstlin (*Revision der Grundbegriffe des C. R.*, §§ 130, 134, 135; *System d. deutsch. Str. R.*, § 93); Geib (*Lehrb.*, II, 358); Haelschner, (*System*, стр. 324, слѣд.); Buri (*Theilnahme*, Giessen. 1860, стр. 1, слѣд.) и Bar (*Z. Lehre v. Versuch und Theilnahme*, стр. 65, слѣд.), — исходною точкою служитъ цѣль дѣянія такимъ образомъ: къ виновникамъ принадлежатъ тѣ, которые считаютъ противозаконное предпріятіе *своимъ* собственнымъ, и стремятся къ его осуществленію по собственному ихъ интересу; пособникомъ же считается тотъ, который, не смотря на образъ и объемъ своего дѣйствія, признаетъ предпріятіе *чужимъ*, и содѣйствуетъ достиженію преднамѣреннаго другимъ послѣдствія. Еслибъ даже это субъективное воззрѣніе, основанное на непостижимой иногда психологической сторонѣ дѣянія, было примѣнимо; то оно было бы несправедливо. Принимающій участіе *въ главномъ дѣйствіи* (*н.* 186) по дружбѣ, или наемный зажигатель, были бы только пособниками: они не были духовными творцами дѣянія, не замыслили его, они только склонились къ участію по просьбѣ или обѣщанію награды. Съ другой стороны пособникъ, играющій подчиненную роль (напр. доставилъ ружье), подлежалъ бы наказанію на равнѣ съ главнымъ виновнымъ, еслибъ онъ, по ненависти къ убитому принимая охотно участіе, считалъ предпріятіе своимъ, и потому только не участвовалъ въ совершеніи, что болѣе разсчитывалъ на силы совершителя. Это субъективное воззрѣніе, принятое однимъ саксонскимъ кодексомъ (§ 53) вводитъ въ мало доступную сферу мотивовъ, отъ которой по

Digitized by Google

мѣрѣ возможности криминалистъ должень держаться въ сторонѣ.

217. Указанный недостатокъ и непрактичность субъективнаго воззрѣнія сдѣлались причиною поворота нѣкоторыхъ нѣмецкихъ авторовъ къ объективному воззрѣнію. Бернеръ (*Lehrb.*, стр. 175) пытался создать *теорію смѣшанную*, среднюю между двумя крайностями [1]). Но въ сущности онъ стоитъ на почвѣ объективнаго воззрѣнія, такъ какъ онъ говоритъ, что въ ученіи объ участіи должно различать двоякаго рода дѣянія: тѣ, которыя составляютъ совершеніе т. е. тѣ, на которыхъ основанъ внѣшній составъ преступленія, и тѣ, которыя, находясь внѣ исполненія, только облегчаютъ его. Справедливо говоритъ одинъ изъ самыхъ усердныхъ защитниковъ субъективнаго воззрѣнія, Buri (въ Golddammer's *Archiv*, 1864, стр. 506), что для смѣшанной теоріи нужно, чтобъ виновникомъ былъ тотъ, кто дѣйствуетъ по *своему собственному интересу* и вмѣстѣ съ тѣмъ есть *главная причина* послѣдствія; пособникомъ же — тотъ, кто дѣйствуетъ для *чужаго интереса* и есть *причина придаточная*. Поэтому слѣдовало бы, говоритъ Бури, чтобъ указанное различіе намѣренія и дѣйствія всегда обнаруживалось такимъ паралельнымъ образомъ: но этого не бываетъ [2]). Невозможность основываться на субъективномъ

---

[1]) Такого же воззрѣнія придерживается Langenbeck (*Lehre v. Theilnahme*, Jena, 1868, § 61).

[2]) Бури (*Gerichtssaal* 1870 г., стр. 33 и слѣд.) доказалъ тоже несостоятельность смѣшанной теоріи John'a (*Kritiken Strafr. Entscheid.*, 1866, стр. 29 и слѣд.), которой слѣдуетъ Schütze (в. п. м., стр. 277, 278).

Digitized by Google

воззрѣніи ведетъ за собою невозможность смѣшанной системы. Въ самомъ дѣлѣ объективное воззрѣніе, надлежащимъ образомъ понимаемое, служитъ единственнымъ практичнымъ основаніемъ, если при томъ отведемъ особое мѣсто для подстрекателя. Различіе виновника и пособника мы опредѣляемъ такимъ образомъ: виновникъ есть умственный (подстрекатель) или физическій (когда онъ совершитель дѣянія главнаго) творецъ преступленія; въ пособникѣ же совершеніе не имѣетъ своего источника, ни интеллектуально, ни физически. Мы убѣдимся ниже, что вопросъ объ обозначеніи границы между дѣятельностію виновника и пособника, легче разрѣшаемый въ данномъ случаѣ, не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ въ принципѣ наказуемость ихъ одинакова. Но въ этомъ отношеніи важнѣе отличеніе несущественнаго отъ существеннаго пособничества, тоже непредставляющее на практикѣ затрудненія (*н.* 238 и 242 *ниже*).

218. Какъ преступленіе имѣетъ двѣ стороны, умственную и физическую, такъ и *участіе* въ преступленіи можетъ быть *умственное* или *физическое*, или же умственное и физическое вмѣстѣ. Виновникъ можетъ рѣшиться на преступленіе и исполнить его, или же употребить другаго какъ орудіе и сыграть роль подстрекателя. Пособникъ можетъ помогать умственно, физически, или умственно и физически вмѣстѣ. Средоточіемъ, вокругъ котораго группируется всякаго рода участіе, есть дѣятельность физическаго виновника; она даетъ отпечатокъ и отливъ подстрекательству и пособничеству, которыхъ самое бытіе зависитъ отъ нея.

Digitized by Google

Б. Физическій виновникъ.

219. Физическимъ или непосредственнымъ виновникомъ признается тотъ, кто совершаетъ дѣяніе главное (*н.* 186). Если нѣсколько лицъ участвуетъ въ преступленіи, то возможны слѣдующія комбинаціи: 1) виновникъ самъ вознамѣрился совершить преступленіе и совершилъ его, другіе же играли второстепенную роль какъ пособники; 2) виновникъ самъ исполнилъ преступленіе, но былъ *подстрекнутъ* другимъ лицомъ; 3) виновникъ въ сообществѣ съ другими *соучастниками* совершилъ преступленіе. Приступая къ разсмотрѣнію этихъ комбинацій, мы примемъ исходною точкою самый простой случай, когда преступленіе совершено однимъ лицомъ. Въ этомъ случаѣ виновникъ подлежитъ отвѣтственности, если онъ предпринялъ намѣреніе и осуществилъ его внѣшнимъ дѣяніемъ или по крайней мѣрѣ началъ исполнять преступленіе. Таково положеніе виновника въ первой изъ только что указанныхъ комбинацій. Оно точно такое же какъ и то, когда нѣтъ пособниковъ: виновникъ самъ совершилъ преступленіе. Этотъ случай заслуживаетъ вниманія только по вопросу о пособничествѣ. Положеніе физическаго виновника, *подстрекнутаго* другимъ лицомъ, точно такое же какъ и виновника въ первомъ случаѣ; различіе состоитъ только въ томъ, что его подстрекнули. Здѣсь для наказуемости тоже необходимо преступное намѣреніе: гдѣ нѣтъ намѣренія, тамъ нѣтъ сознанія противозаконности дѣянія, тамъ вина (умышленная) не существуетъ. *Соучастникомъ* въ отличіи отъ пособника считается тотъ, кто совмѣстно съ другимъ или съ другими виновниками завѣдомо участвовалъ въ произведеніи состава преступленія или въ исполненіи главнаго

Digitized by Google

дѣйствія, т. е. того дѣйствія, въ которомъ обнаруживаются существенные признаки даннаго преступленія, а не дѣйствія, имѣющаго только характеръ приготовленія. Не нужно, чтобъ дѣйствіе соучастника было единственною причиною послѣдствія: достаточно, чтобъ оно было одною изъ причинъ. Каковъ объемъ, какая обширность дѣятельности каждаго изъ соучастниковъ, это—безразлично. Главнымъ образомъ дѣло идетъ о томъ, что виновникъ дѣйствуетъ совмѣстно съ другими виновниками для произведенія преднамѣреннаго послѣдствія. Объемъ дѣятельности соучастника можетъ быть незначителенъ въ сравненіи съ дѣйствіемъ пособника, который можетъ быть весьма дѣятеленъ для облегченія виновникамъ совершенія. Соучастникъ зажалъ ротъ нападаемому, котораго другіе подвергаютъ истязаніямъ пока не скажетъ, гдѣ находится ввѣренное ему сокровище. Пособникъ напоилъ до пьяна дворника и подъ разными предлогами устранилъ другія лица изъ дому, отравилъ собакъ, доставилъ отмычки и убійственныя орудія, стоялъ на сторожѣ, приготовилъ лошадей для побѣга послѣ совершенія преступленія, и т. д.

230. О соучастникахъ можно говорить только тогда, когда преднамѣрено было совмѣстное дѣйствіе. Такое совмѣстное дѣйствіе можетъ быть основано или на *предварительномъ* между соучастниками *соглашеніи* (*c. pactitius*), или же можетъ быть *нечаянно*, *случайно* (*c. repentinus*, *accidentalis*). Въ предварительномъ соглашеніи наука и законодательство различаютъ два вида, вліяющіе на увеличеніе наказанія: *заговоръ* (*complot*) и *шайку*.

231. *Заговоръ* есть соглашеніе въ исполненіи одного или нѣсколькихъ, напередъ опредѣленныхъ преступленій.

Digitized by Google

Заговоръ касается обыкновенно государственныхъ преступленій. Нѣкоторые германскіе кодексы наказываютъ заговоръ въ преступленіяхъ всякаго рода, хотя бы они и не были исполнены, между тѣмъ какъ другія законодательства наказываютъ заговоръ только въ самыхъ важныхъ, т. е. въ государственныхъ, преступленіяхъ. Послѣдняя система правильнѣе, ибо заговоръ по существу своему есть только приготовленіе. Нѣкоторые ошибочно считаютъ его покушеніемъ. Наказуемость заговора оправдываютъ съ политико-уголовной точки зрѣнія тѣмъ, что обѣщаніе содѣйствія укрѣпляетъ въ другихъ соучастникахъ преступную рѣшимость, и что опасеніе мщенія со стороны соучастниковъ воздерживаетъ отъ оставленія преступнаго намѣренія.

222. *Шайка* есть союзъ, составленный для совершенія напередъ неопредѣленныхъ одного рода или разныхъ родовъ преступленій. Шайка стремится образовать отдѣльный организмъ, государство въ государствѣ. Она представляетъ извѣстную аналогію съ государствомъ: она имѣетъ организацію власти и труда, общій интересъ, иногда даже свой особый языкъ. Шайка есть тайное учрежденіе для борьбы съ общественнымъ порядкомъ; она — источникъ непрерывнаго ряда преступленій. Шайка есть заговоръ безъ подробно опредѣленной цѣли. Дѣятельность ея получаетъ характеръ заговора, когда члены шайки сговариваются для совершенія даннаго преступленія. Общее понятіе шайки извѣстно только нѣкоторымъ германскимъ кодексамъ и дѣйствующему законодательству. Послѣднее употребляетъ слово *шайка* и для названія скопа преступниковъ съ намѣреніемъ совершить одно только преступленіе (Ул. Имп. 1607, 1633, 1638, 1639, 1645; Ул. Ц. П. 1108, 1136, 1141, 1142, 1148). Дѣйствующее законодательство (Ул. Им. 922—926;

Digitized by Google

Ул. Ц. П. 624—628) и германскіе кодексы наказываютъ самое образованіе шайки, хотя бы и не было совершенія или даже покушенія на преступленіе. Новѣйшіе германскіе кодексы (прус. и бавар.), по образцу французскаго, отвергаютъ понятіе шайки какъ самостоятельнаго преступленія, и считаютъ ее отягчающимъ обстоятельствомъ въ кражѣ и разбоѣ, если они совершены. Въ заговорѣ и шайкѣ наиболѣе виновны основатели и предводители. Какъ въ другихъ видахъ участія, такъ и въ заговорѣ и шайкѣ, кромѣ физическихъ виновниковъ, могутъ существовать умственные виновники и пособники.

223. *Случайное стеченіе* преступниковъ имѣетъ мѣсто тогда, когда союзъ образовался нечаянно предъ самимъ началомъ исполненія или во время его, какъ нпр. въ дракахъ, въ скопищѣ. Такой союзъ образуется тоже нпр. между двумя ворами, которые, встрѣтившись случайно при подкопѣ подъ строеніе, соглашаются дѣйствовать совмѣстно. Они соучастники: ибо дѣйствіе каждаго изъ нихъ состоитъ въ непосредственной причинной связи съ послѣдствіемъ; каждый изъ нихъ принимаетъ на себя отвѣтственность за другаго. Одно извѣстіе о томъ, что другой предпринимаетъ то же дѣяніе, не составляетъ еще сообщества. Положимъ, что *A* и *B* случайно въ одно время дѣлаютъ подкопъ подъ фундаментъ дома съ намѣреніемъ совершить кражу. Въ минуту входа они замѣчаютъ другъ друга. Если между ними не произойдетъ соглашеніе, то нѣтъ соучастія, и существуютъ два отдѣльныя преступленія. Положимъ, что *A* пріостановляетъ дальнѣйшее дѣйствіе, между тѣмъ какъ *B* совершаетъ кражу; тогда *A* не подлежитъ наказанію. Еслибъ же произошло между ними соглашеніе, то *A*, оставляя покушеніе, тогда только былъ бы свободенъ отъ

Digitized by Google

наказанія, когда бы онъ притомъ препятствовалъ *B* въ совершеніи имъ кражи. Этотъ вопросъ объясняетъ ученіе о покушеніи еще другимъ образомъ. Еслибъ *A*, сдѣлавъ подкопъ, удалился, и *B* вошелъ отверстіемъ и совершилъ кражу; то *B* не могъ бы отвѣчать за кражу со взломомъ, а только за обыкновенную кражу. Напротивъ того, это отягчающее обстоятельство было бы вмѣнено *B*, еслибъ между нимъ и *A* произошло соглашеніе.

224. Отличіе случайнаго отъ условленнаго стеченія указано нами преимущественно для уясненія существа участія и отличительной черты соучастниковъ. Здѣсь существенно то, что виновники согласились на совмѣстное дѣйствіе. Но произошло ли соглашеніе вслѣдствіе прежняго условія или же случайно предъ самимъ началомъ исполненія, это обстоятельство совершенно безразлично. Оно тѣмъ менѣе заслуживаетъ вниманія, что случайное стеченіе рѣдко имѣетъ мѣсто. Если послѣдствіе происходитъ отъ одновременнаго дѣйствія нѣсколькихъ лицъ, которыя не знаютъ другъ о другѣ (два человѣка стрѣляютъ въ третьяго и причиняютъ ему смертельныя раны); то этотъ случай слѣдуетъ оцѣнивать на равнѣ съ тѣмъ, когда противозаконное послѣдствіе происходитъ отъ неосторожности нѣсколькихъ лицъ (*A* и *B* сбрасываютъ кирпичи при сломкѣ строенія и наносятъ *Б* опасную рану). Въ обоихъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о соучастникахъ, объ общности вины и отвѣтственности.

225. Каждый изъ виновниковъ, не смотря на объемъ его дѣйствія, долженъ подлежать *полному наказанію*, опредѣленному закономъ за совершеніе или покушеніе. Тотъ, который совершилъ дѣяніе, заслужилъ полное наказаніе,

Digitized by Google

не смотря на то, имѣлъ ли онъ или не имѣлъ пособниковъ. Во всякомъ случаѣ онъ умственный и физическій виновникъ преступленія. Если онъ имѣлъ пособниковъ, то и въ этомъ случаѣ преступленіе — исключительно его дѣло: пособники только облегчили ему совершеніе. Подстрекаемый физическій виновникъ равнымъ образомъ долженъ подлежать полному наказанію: ибо онъ совершилъ преступленіе, желалъ исполнить его и усвоилъ себѣ умыселъ подстрекателя. Что касается соучастниковъ, каждый изъ нихъ исполнилъ только часть дѣянія; ни одинъ изъ нихъ не намѣревался совершить его вполнѣ, безъ содѣйствія другихъ; въ отношеніи дѣйствія какъ цѣлаго, всѣ соучастники представляются какъ собирательный виновникъ. Однако жъ отвѣтственность не распадается на части: каждый предъ лицомъ закона долженъ быть признанъ виновникомъ всей преступной дѣятельности. Хотя соучастникъ исполнилъ только часть дѣянія; но онъ желалъ послѣдствія, истекающаго изъ совмѣстнаго дѣйствія другихъ соучастниковъ, и онъ желалъ его на томъ основаніи, что другіе исполнятъ остальныя части преступнаго дѣянія. Общая воля всѣхъ была вмѣстѣ съ тѣмъ волею каждаго; и, такимъ образомъ, каждый отдѣльныя дѣйствія другихъ, и вообще все дѣяніе, сдѣлалъ словно своими. Воля каждаго одушевляла дѣятельность другихъ. Слѣдовательно дѣяніе во всей его цѣлости должно быть вмѣнено каждому, разумѣется на сколько онъ согласился на дѣйствія другихъ или на сколько это истекало изъ существа предпріятія (*н.* 232, 239 *ниже*; ср. ст. 123 Ул. Имп., 130 Ц. П.).

Digitized by Google

B. Умственный виновникъ.

226. Умственнымъ виновникомъ или подстрекателемъ признается тотъ, котораго дѣятельность развивается въ сферѣ психической, который ограничивается вызовомъ въ другомъ преступной рѣшимости; и такимъ образомъ подстрекатель принимаетъ участіе въ преступленіи. Онъ умственный виновникъ дѣянія. Неумышленное подстрекательство, какъ и вообще неумышленное участіе,—невозможно. Умышленность, т. е. намѣреніе совершить данное преступленіе, составляетъ неотъемлемое условіе подстреканія. Химикъ, сообщающій другому тайну отравленія неоставляющаго слѣдовъ; путешественникъ описывающій удачные способы освободиться отъ врага, употребляемые Индѣйцами, — не могутъ быть признаны подстрекателями въ убійствѣ, если кто указаннымъ ими способомъ лишитъ другаго жизни (*н.* 209). Равнымъ образомъ наказуемое подстреканіе не имѣетъ мѣста, когда кто стремится вообще возбудить въ другихъ преступныя мысли и намѣренія, не указывая опредѣленнаго плана. Такое подстрекательство можетъ быть наказываемо только какъ самостоятельное преступленіе, нарушающее общественный порядокъ (посредствомъ печати или письменно); но не можетъ быть разсматриваемо какъ участіе въ данномъ преступленіи.

227. Изъ такаго понятія подстрекательства слѣдуетъ, что оно состоитъ въ произведеніи на волю другаго вліянія, возбуждающаго въ немъ преступную рѣшимость. Для этого недостаточно предложить мысль; нужно возбудить расположеніе къ преступленію и вызвать дѣйствительный мотивъ, нпр. жажду обладанія (обѣщаніемъ награды) или мщенія. Укрѣпленіе же въ другомъ образованной имъ са-

Digitized by Google

мимъ рѣшимости, или указаніе ему новаго мотива, составляетъ не подстрекательство, какъ это ошибочно полагаетъ Krug (*Abhandlungen*, Leipz., 1861, стр. 129), а только интеллектуальное пособничество (*н.* 237). Подстрекательство должно быть направлено на произведеніе извѣстнаго опредѣленнаго послѣдствія; еслибъ же кто вообще склонялъ другаго заниматься кражею, то это не составляло бы подстрекательства. Такъ какъ подстрекательство состоитъ въ возбужденіи въ другомъ преступной рѣшимости, то оно не должно уничтожать въ подстрекаемомъ свободы воли. Такимъ образомъ нѣтъ подстрекательства, когда вліяніе совершено посредствомъ угрозъ, исключающихъ вмѣненіе, или, когда преступленіе совершено посредствомъ лицъ неспособныхъ къ отвѣтственности, каковы: сумашедшіе, слабоумные и дѣти. Въ этихъ случаяхъ дѣйствительный и единственный виновникъ тотъ, кто употребилъ другаго какъ орудіе. То же самое должно сказать о случаяхъ, когда кто съ преступнымъ намѣреніемъ вводитъ другаго въ заблужденіе, уничтожающее вмѣненіе, напр. если кто, пользуясь суевѣріемъ жены, склоняетъ ее къ подачѣ мужу яда подъ предлогомъ, что это любовный напитокъ, который возвратитъ ей привязанность супруга. *А*, пользуясь близорукостію *Б*, указываетъ ему вдали своего спящаго врага *В*, увѣряя, что это дикій звѣрь. *Б* стрѣляетъ и убиваетъ *В*. Тутъ *Б* можетъ отвѣчать только за неосторожность; дѣйствительный убійца—*А*. Другое дѣло, еслибъ такое заблужденіе касалось только мотива дѣянія. *А* коварными внушеніями увѣщаетъ *Б*, что *В* угрожаетъ его жизни, и что нужно предупредить врага; раздраженный этимъ *Б* убиваетъ *В*. Здѣсь имѣетъ мѣсто и подстреканіе и совершеніе преступленія подстрекаемымъ. Впрочемъ безразлично, дѣйствовалъ ли подстрекатель на виновника самъ

Digitized by Google

или посредствомъ другаго лица. Въ послѣднемъ случаѣ существуетъ не одинъ, а два подстрекателя.

228. *Средства подстреканія* могутъ быть весьма разнообразны; исчисленіе ихъ не возможно и притомъ излишне. Все равно, какое средство употребилъ подстрекатель, какимъ образомъ онъ вліялъ на виновника: существенно то, произвелъ ли онъ вліяніе, успѣлъ ли онъ возбудить психологическій мотивъ, ведущій непосредственно къ рѣшимости и къ исполненію. Такимъ образомъ, приказъ, угроза, заманчивое представленіе, введеніе въ заблужденіе неуничтожающее вмѣненія [1]) (сравни *п.* 227)—сами по себѣ не составляютъ подстрекательства, если они не возбудили мотива и умысла. Напротивъ того совѣтъ и просьба, которые по существу своему не свидѣтельствуютъ о рѣшительномъ направленіи воли, могутъ быть приняты за средства подстреканія только тогда, если тайное намѣреніе подстрекателя состоится [2]). Слѣдовательно, если кто хочетъ дѣйствовать на другаго посредствомъ совѣта или какимъ либо другимъ образомъ, то всегда дѣло въ томъ, возбудило ли употребленное подстрекателемъ средство преступный умыселъ въ подстрекаемомъ или нѣтъ. Поэтому всего соотвѣтственнѣе поступитъ законодатель, если онъ ограничится

---

[1]) напр. *А* ложными убѣжденіями возбуждаетъ гнѣвъ *Б* противъ *В*, и *Б* причиняетъ побои *В*.

[2]) Ossenbrüggen (*Casuistik d. C. Rechts*, Schaffhausen, 1854, стр. 117) приводитъ слѣдующій случай. Разъяренная толпа влечетъ насильно управляющаго имѣніемъ. Она еще не рѣшилась, что съ нимъ сдѣлать. Но тутъ главный врагъ управляющаго, стоя въ сторонѣ, закричалъ: „только пожалуйста, не бросайте его въ воду!“ И тотчасъ жертву бросили въ находящееся вблизи озеро.

Digitized by Google

опредѣленіемъ общаго правила. Самая лучшая редакція баденскаго код., который полагаетъ (ст. 119), что подстрекателемъ считается тотъ, кто умышленно возбудилъ въ другомъ рѣшимость на преступленіе. Другія законодателства, какъ нпр. баварское (ст. 54), исчисляютъ въ видѣ примѣра обыкновенныя средства подстрекательства, каковы: приказъ, угрозы, обѣщаніе награды и проч.; между тѣмъ, какъ французскій кодексъ (ст. 60) и дѣйствующее законодательство (Ул. Ц. П. 15; Ул. Им. 13) указываютъ на такія средства ограничительнымъ образомъ.

229. Дѣйствіе умственнаго виновника слѣдуетъ считать совершеннымъ, не въ минуту окончанія его, но въ минуту совершенія дѣянія физическимъ виновникомъ. Подстрекательство, само по себѣ, составляетъ только приготовленіе къ преступленію. *Наказуемость подстрекателя* зависитъ отъ наказуемости дѣйствія физическаго виновника: гдѣ нѣтъ физическаго виновника, тамъ нѣтъ и наказуемаго подстрекательства. Подстрекатель подлежитъ наказанію, на сколько физическій виновникъ совершилъ преступленіе, или по крайней мѣрѣ сдѣлалъ покушеніе на него. Согласно этому и подстрекателю вмѣняется подстрекательство къ совершенію или къ покушенію. По мѣрѣ приближенія внѣшняго дѣянія къ совершенію, увеличивается и наказуемость подстрекателя. Онъ будто ввѣряетъ судьбу свою виновнику, которому поручилъ исполненіе своего намѣренія. Виновникъ есть то же самое въ отношеніи къ подстрекателю, что орудіе въ отношеніи къ непосредственно дѣйствующему. Если подстрекательство не произвело желаемаго послѣдствія по какой бы то ни было причинѣ, то подстрекатель не можетъ подлежать наказанію. Въ противомъ случаѣ слѣдовало бы равнымъ образомъ наказывать и покушеніе при употребленіи безусловно

Digitized by Google

негодныхъ средствъ, составляющее мнимое преступленіе. По этому совершенно ошибочно кодексы австр., ганов., цюрих., сакс. и бавар. наказываютъ такое безплодное подстрекательство, ставя его на равнѣ съ покушеніемъ, или же считая его самостоятельнымъ преступленіемъ.

230. *Зависимость наказуемости подстрекателя* отъ наказуемости виновника не должна быть простираема до того, чтобъ подстрекатель освобождался отъ отвѣтственности, если виновникъ не подлежитъ наказанію только по случайнымъ обстоятельствамъ. Невозможность обнаружить виновника, смерть его, примиреніе съ обиженнымъ, немогутъ служить препятствіемъ къ привлеченію къ отвѣтственности подстрекателя. Но если дѣяніе виновника не подлежитъ наказанію, то и подстреканіе къ этому дѣянію ненаказуемо. Если законъ не взыскиваетъ за покушеніе на самоубійство, то и подстрекатель, хотя и руководимый самыми предосудительными мотивами (жажда мщенія, желаніе получить наслѣдство послѣ самоубійцы), не можетъ подлежать наказанію.

231. *Какъ далеко простирается эта зависимость?* а именно: имѣютъ ли здѣсь вліяніе обстоятельства увеличивающія или уменьшающія вину? Какое имѣетъ значеніе превышеніе подстрекательства совершителемъ и взятіе назадъ подстреканія?

Обстоятельства, увеличивающія или уменьшающія вину, могутъ быть двоякаго рода: они или *чисто личныя (субъективныя)* и не имѣютъ никакой связи съ дѣяніемъ, или же вліяютъ на свойство преступленія и составляютъ существенное его условіе (*обстоятельства объективно-субъективныя*). Обстоятельства субъективныя не имѣютъ никако-

Digitized by Google

го вліянія на другихъ участвующихъ въ преступленіи, не переходятъ на нихъ; они не могутъ имъ, ни вредить, ни приносить пользу. Если подстрекатель или виновникъ не имѣлъ 21 года, если онъ совершилъ преступленіе по крайней нищетѣ; если онъ уже былъ прежде наказанъ; то очевидно наказаніе, угрожающее другому сообщнику, не можетъ быть по этимъ причинамъ ни облегчено, ни увеличено. Вопросъ объ обстоятельствахъ,—личныхъ, опредѣляющихъ вмѣстѣ съ тѣмъ квалификацію дѣянія, т. е. объ объективно-субъективныхъ обстоятельствахъ сложнѣе. Должны ли здѣсь личныя качества виновника, увеличивающія наказуемость, отражаться на подстрекателѣ (*теорія отраженія* или *переноса* [1])? Если мы послѣдуемъ мнѣнію Гейба (*Lehrb.*, II, 355), Бернера (*Grundsätze*, 37), Hoorbek'a (*Complicité*, Gand, 1846, стр. 208), Pacheco (*Estudios de derecho penal*, Madr. 1842, стр. 178) и Langenbeck'a (*Theilnahme*, § 57), то мы должны подстрекателя къ кровосмѣшенію или преступленію по службѣ признать только пособникомъ; подстрекателя же къ отцеубійству простымъ убійцею. Кто, зная качества виновника, измѣняющія юридическій характеръ дѣянія, склоняетъ его къ совершенію этого дѣянія, тотъ желаетъ, чтобъ дѣяніе было исполнено лицомъ, имѣющимъ нужныя для этого условія. Частное лицо, которое склонило чиновника присвоить ввѣренныя ему по службѣ деньги, должно подлежать опредѣленному за это преступленіе наказанію, на сколько оно можетъ быть къ нему примѣнено. Оно желало, чтобъ присвоеніе денегъ было совершено чиновникомъ; слѣдовательно это отягчающее обсто-

---

[1]) Teoria della *communicazione* o della *commuincabilità*, (Carrara, *Programma*, 3 ed. Lucca 1867, § 509).

Digitized by Google

ятельство должно быть ему вмѣнено. Невозможно, какъ этого требуетъ Бернеръ, и по его примѣру Шайкевичъ (*О подстрекательствѣ*, Жур. М. Юстиц. 1865 г., стр. 230), въ извѣстныхъ случаяхъ, напр. въ отцеубійствѣ, опредѣлять вину физическаго виновника и подстрекателя по различнымъ ихъ объективно-субъективнымъ качествамъ. Нельзя, какъ справедливо говоритъ Temme (*Lehrb. d. preussischen Strafrechts*, стр. 360), въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ преступниковъ въ одномъ дѣяніи полагать составъ нѣсколькихъ разнородныхъ преступленій. Если мы желаемъ, при опредѣленіи вины нѣсколькихъ участниковъ въ преступленіи, имѣть вѣрное, неизмѣнное основаніе; то мы должны на наказуемость всѣхъ этихъ лицъ смотрѣть съ одной, а не съ разныхъ точекъ зрѣнія. Постоянная точка, съ которой слѣдуетъ смотрѣть на всякаго рода участіе, есть дѣйствіе физическаго виновника, которое отражается на дѣйствіи подстрекателя и пособника. Такимъ образомъ мы избѣгнемъ запутанности и непослѣдовательности—усматривать въ одномъ и томъ же дѣяніи (въ отцеубійствѣ) два различныя преступленія (убійство и отцеубійство). Слѣдовательно мы, согласно съ французскою (Chauveau et Hélie, *Theorie*, I, n° 709, 714) и прусскою юриспруденціею (Oppenhoff, *Straf G. B.*, § 35 n° 1 и 4), считаемъ общею нормою наказанія то правило закона, которое касается физическаго виновника, не смотря на то, на сторонѣ ли подстрекателя или физическаго виновника [1]) — отягчающее субъективно-объективное обстоятельство. Согласно

---

[1]) Справедливо говоритъ Кругъ (*Abhand.*, Leipz., 1861, стр. 127): такъ какъ подстреканіе есть участіе въ преступленіи, совершенномъ подстрекаемымъ, то оно должно быть оцѣниваемо по обстоятельствамъ послѣдняго.

Digitized by Google

тому, въ подстреканіи къ домашней кражѣ слѣдуетъ вмѣнить подстрекателю отягчающее обстоятельство; и наоборотъ—смягчить наказаніе подстрекателю, если подстрекаемый совершилъ кражу у близкаго роднаго, и законъ такое родство считаетъ смягчающимъ обстоятельствомъ. Равнымъ образомъ подстрекающій сына къ убійству отца долженъ быть наказанъ за участіе въ отцеубійствѣ; и на оборотъ сынъ подстрекающій чужое ему лицо къ убійству своею отца,—за участіе въ простомъ убійствѣ Разумѣется, что въ послѣднемъ случаѣ судья, принимая въ уваженіе родственную связь, долженъ значительно увеличить мѣру наказанія [1]). При такомъ взглядѣ устраняется сомнѣніе въ томъ: можетъ ли быть подстрекателемъ лицо, которое само не въ состояніи исполнить преступленіе? можетъ ли частное лицо подстрекать чиновника къ злоупотребленію по службѣ? можетъ ли женщина или эвнухъ подстрекнуть къ изнасилованію? Это сомнѣніе представляется только тому, кто съ различныхъ точекъ зрѣнія смотритъ на дѣйствіе подстрекателя и виновника. Достаточно того, что подстрекатель хотѣлъ, чтобъ другой исполнилъ преступленіе; но совершенно безразлично, почему онъ хотѣлъ этого: потому ли, что самъ не могъ, или не хотѣлъ исполнить.

---

[1]) Однако жъ съ политико-уголовной точки зрѣнія заслуживаетъ вниманія теорія Roberti (*Corso di dirit. crim.*, n° 692 и слѣд.) и Carrara (*Lezioni*, § 372). Они говорятъ: если личное обстоятельство (*qualità personale*) придаетъ болѣе опасный характеръ преступленію; то такое обстоятельство должно уже считать однимъ изъ элементовъ фактической стороны преступленія (*circonstanza della materialità del fatto*), и оно должно переходить и тяготѣть на всѣхъ участвующихъ въ преступленіи, не смотря на то, какое названіе даетъ законъ или наука лицу, котораго это обстоятельство касается: подстрекатель ли оно, совершитель, умственный или физическій пособникъ (срав. С. Баршевъ, *О подстрекательствѣ*, въ Жур. М. Юст. 1858 г., стр. 398).

Digitized by Google

232. Когда нужно рѣшить, существуетъ ли *превышеніе подстрекательства* или *порученія* физическимъ виновникомъ (*excessus mandati, Excess d. Angestifteten*), то здѣсь все зависитъ отъ того, сдѣлано ли подстреканіе т. е. дано ли порученіе вообще или съ извѣстнымъ ограниченіемъ. Въ первомъ случаѣ подстрекатель долженъ отвѣчать за всѣ средства, употребленныя для осуществленія его намѣренія. Кто вообще поручаетъ другому отнять у третьяго лица извѣстныя бумаги во что бы то ни стало, тотъ долженъ отвѣчать не только за кражу, но и за грабежъ или разбой, если одно изъ этихъ преступленій совершено виновникомъ, и если условный умыселъ (*dolus eventualis*) въ этомъ отношеніи доказанъ подстрекателю. Наоборотъ, если подстрекатель указываетъ прямо извѣстное преступленіе; то онъ долженъ быть наказанъ только за него. Слѣдовательно, еслибъ подстрекатель приказалъ украсть бумаги, виновникъ же добылъ ихъ посредствомъ убійства; то подстрекателю можно вмѣнить только кражу. Излишекъ же вины падаетъ здѣсь исключительно на совершителя; по отношенію же къ подстрекателю имѣетъ значеніе случая (*casus*). Но положимъ, что физическій виновникъ совершилъ кражу посредствомъ взлома или при участіи домашнихъ; такія отягчающія обстоятельства слѣдуетъ вмѣнить подстрекателю, ибо они принадлежатъ къ обыкновеннымъ средствамъ исполненія кражи. Въ приказаніи совершить кражу заключается и приказаніе употребить эти средства. Всякое умышленное превышеніе подстреканія

Въ противуположность этой теоріи испан. кодексъ (69) безусловно отвергаетъ *перенось* обстоятельства, вліяющаго на наказуемость одного изъ участвующихъ въ преступленіи и касающагося его отношеній къ потерпѣвшему (*en sus relaciones particulares con el offendido*). Подъ вліяніемъ такого же воззрѣнія составлены статьи: 105 итал. код. 1861 г. и 104 португ. проекта 1861 г.

Digitized by Google

падаетъ исключительно на физическаго виновника: напр. если, имѣя приказаніе, задержать другаго, виновникъ подвергнулъ его истязаніямъ; если, обѣщавъ убить кого, послѣ убійства сдѣлалъ поджогъ. Впрочемъ, не возможно точно опредѣлить, въ какой мѣрѣ способъ исполненія долженъ быть вмѣненъ подстрекателю; это должно предоставить усмотрѣнію судьи. Условія, сдѣланныя подстрекателемъ, на столько имѣютъ значенія, на сколько они согласны съ существомъ предмета. Тотъ,—кто приказываетъ взять у другаго бумаги безъ причиненія ему зла,—долженъ быть наказанъ за кражу; сдѣланное имъ условіе касается неприкосновенности лица. Нельзя усматривать превышенія подстреканія, когда виновникъ вслѣдствіе *смѣшенія* (*error in corpore*) совершитъ преступленіе надъ *А* вмѣсто *Б*. Здѣсь подстрекатель считается умышленнымъ убійцею на равнѣ съ виновникомъ (*н.* 122). Подстрекатель, поставивъ исполненіе своего умысла въ зависимость отъ другаго лица, долженъ вынести послѣдствія такой зависимости. Онъ отвѣчаетъ за ошибку или неловкость виновника, какъ за свою собственную: подстрекаемый орудіе въ его рукахъ. Ставить отвѣтственность подстрекателя въ зависимость отъ безошибочности виновника было бы безмысленно.

233. Въ случаѣ противоположномъ превышенію подстреканія,—т. е. если виновникъ совершилъ менѣе важное преступленіе противъ того, которое ему поручено (если напр. долженъ былъ завладѣть вещію посредствомъ разбоя, и между тѣмъ получилъ ее посредствомъ кражи), — подстрекателю слѣдуетъ вмѣнить менѣе важное преступленіе; и слѣдовательно нельзя наказывать его, какъ этого требуетъ Geib (*Lehrb.*, II, 354), за покушеніе на разбой. Такъ какъ подстреканіе есть приготовленіе къ преступленію,

Digitized by Google

то, согласно этому ошибочному воззрѣнію, слѣдовало бы наказать за разбой и въ томъ случаѣ, когда кто, сдѣлавъ приготовленіе къ разбою, совершилъ кражу.

234. *Взятіе назадъ подстреканія* или добровольное отступленіе подстрекателя (*Sinnesänderung des Anstifters*) есть отмѣна въ подстрекателѣ преступнаго намѣренія. Если подстрекатель отозвалъ свой приказъ до исполненія или въ минуту начала его; то онъ тогда только можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности, когда успѣлъ перемѣнить преступную рѣшимость въ виновникѣ, и уничтожить мотивы этой рѣшимости вызовомъ противоположныхъ мотивовъ. Поэтому не имѣетъ никакого значенія взятіе назадъ приказа, если подстрекатель оставляетъ виновника подъ вліяніемъ вызванныхъ имъ мотивовъ. Если подстрекатель посредствомъ убѣжденій и наущеній успѣлъ до того возбудить въ другомъ жажду мщенія или обладанія, что тотъ дышетъ только мыслію удовлетворить ее, и послѣ того самъ же подстрекатель начинаетъ отговаривать подговореннаго,—можетъ быть для того только, чтобъ избѣгнуть отвѣтственности; то долженъ ли онъ быть освобожденъ отъ наказанія? Если вызванные подстрекателемъ мотивы продолжаютъ свое вліяніе, то онъ находится въ такомъ же положеніи, какъ и тотъ, кто хочетъ оставить дальнѣйшее дѣйствіе, когда уже послѣдствіе не можетъ быть предотвращено, напр. когда убійца въ минуту выстрѣла отмѣняетъ свое намѣреніе. Если подстрекатель посредствомъ нравственнаго вліянія не можетъ уничтожить преступной рѣшимости въ виновникѣ; то онъ, для избѣжанія отвѣтственности, долженъ предотвратить послѣдствіе, т. е. воспрепятствовать виновнику, напр. удержать руку убійцы, вооруженную ножемъ, или же заблаговременно увѣдомить начальство или угрожаемое лицо. Это начало признано нѣ-

Digitized by Google

которыми германскими кодексами (баден., вюрт., брауншв., сакс.). Но если, не смотря на такія усилія подстрекателя, зло воспослѣдуетъ, то онъ не можетъ остаться ненаказаннымъ. Положеніе его похоже на положеніе совершителя, который желаетъ предотвратить послѣдствіе, когда уже не можетъ господствовать надъ нимъ (*н.* 206). Однако жъ такое безплодное усиліе должно имѣть вліяніе на смягченіе наказанія, что именно и требуется шведскимъ кодексомъ (III, § 1).

235. Какъ опредѣлить наказаніе подстрекателю по отношенію къ физическому виновнику? Одни, какъ Feuerbach (*Revision d. peinl. Rechts*, II, 254) и Geyer (*Erörterungen*, стр. 169), требуютъ болѣе строгаго наказанія для подстрекателя какъ творца преступной рѣшимости; другіе, какъ Carmignani (*Teoria*, II, 377), придерживаются противоположнаго мнѣнія, полагая: что сказать что нибудь легко, но исполнить трудно; что между однимъ и другимъ большой промежутокъ, и что ложное понятіе ихъ соотношенія происходитъ отъ ошибочнаго примѣненія гражданскаго полномочія къ уголовному праву. Иные, слѣдуя воззрѣнію, примиряющему два предъидущія, субъективное и объективное, воззрѣнія, требуютъ равнаго наказанія для подстрекателя и для виновника. Но всѣ эти воззрѣнія односторонни. Справедливо, что вообще наказуемость подстрекателя и виновника одинакова, т. е. что слѣдуетъ полагать, будьто интеллектуальный виновникъ самъ исполнилъ преступленіе. Однако жъ обстоятельства даннаго случая могутъ вліять на увеличеніе вины и слѣдовательно на болѣе строгое наказаніе подстрекателя или физическаго виновника. Законодательства, принимающія подробныя дѣленія стеченія преступниковъ, наказываютъ подстрекателя строже чѣмъ виновника; тѣ же, которыя от-

Digitized by Google

личаютъ только виновниковъ и пособниковъ, не полагаютъ отдѣльнаго правила о подстрекателяхъ.

236. Остается еще разрѣшить вопросъ: можно ли признать подстрекателемъ того, кто склоняетъ другаго къ преступленію съ тѣмъ, чтобъ навлечь на него наказаніе? Если кто въ самомъ дѣлѣ подстрекаетъ другаго къ преступленію; то обстоятельство, что подстрекатель желаетъ его наказанія, нисколько не можетъ быть причиною безнаказанности подстрекателя. Здѣсь мотивъ, какъ и вообще при разрѣшеніи вопроса о наказуемости или ненаказуемости дѣянія, не можетъ имѣть никакого значенія; напр. когда кто подстрекаетъ мужа къ преступленію для того, чтобъ во время заключенія его въ тюрьмѣ обольстить его жену; или когда братъ подстрекаетъ брата къ преступленію съ тѣмъ, чтобъ раздражить противъ него дядю и сдѣлаться единственнымъ наслѣдникомъ. Такая окончательная цѣль подстрекателя можетъ только вліять на увеличеніе наказанія. То же самое касается случая, когда кто, увлеченный наградою обѣщанною за обнаруженіе виновника многочисленныхъ кражей, уговариваетъ другаго совершить новую кражу, и послѣ указываетъ его какъ виновника всѣхъ предъидущихъ. Однако жъ рождается сомнѣніе въ случаѣ, когда подстрекатель возъимѣлъ цѣль сдѣлать услугу общественному порядку, именно: предать опаснаго преступника правосудію, какъ это видимъ въ случаѣ разсмотрѣнномъ у Глязера (*Gerichtssaal*, 1858, стр. 37), касающемся такъ называемыхъ во французской практикѣ *agents provocateurs*. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ, въ Австріи *З* рѣшился положить преграду разбоямъ одной шайки, наводившей ужасъ на всю окрестность. Съ этою цѣлью онъ составилъ планъ нападенія на одну мельницу; и, снискавъ довѣріе преступниковъ, отправился съ ними ночью на мельницу, гдѣ скрыв-

Digitized by Google

шіеся жандармы схватили преступниковъ въ минуту, когда они, угрожая смертію мельнику, требовали выдачи денегъ. Верховный судъ въ Вѣнѣ освободилъ *З* отъ отвѣтственности на томъ основаніи: что, не смотря на внѣшніе признаки подстреканія, *З* не имѣлъ намѣренія совершить преступленіе; напротивъ того онъ все сдѣлалъ, чтобъ оно не было исполнено. Хотя такой вызовъ и безнравствененъ, однако жъ надобно согласиться въ основательности рѣшенія. Даже и покушеніе не могло быть вмѣнено *З*, ибо покушеніе наказуемо тогда только, когда внѣшнее обстоятельство препятствовало произведенію желаемаго виновникомъ послѣдствія. Но *З* нисколько не желалъ послѣдствія; ненаступленіе послѣдствія было дѣло не случая, а усилій *З*. Онъ могъ бы только отвѣчать за неосторожность въ такомъ лишь случаѣ, когда бы мельникъ былъ убитъ, или же когда бы ему причинены были раны или поврежденія.

Г. Пособникъ.

237. Узнавъ значеніе и соотношеніе между виновникомъ и подстрекателемъ, мы можемъ съ перваго взгляда опредѣлить существо пособничества. Для пособника остается только та дѣятельность, которая не принадлежитъ къ области дѣйствія виновника или подстрекателя. Въ противуположность виновнику, пособникъ, помогающій *физически*, не можетъ быть исполнителемъ дѣянія. Онъ играетъ только роль орудія въ рукахъ виновника, не считая его съ своей стороны орудіемъ въ отношеніи къ преступленію. Въ противуположность подстрекателю, *умственный пособникъ* не возбуждаетъ преступной рѣшимости въ виновникѣ и не совершаетъ дѣянія посредствомъ другаго лица: онъ присоединяется только

Digitized by Google

къ рѣшимости виновника. Однимъ словомъ совершеніе не имѣетъ своего источника въ пособникѣ ни умственно ни физически (*н.* 217). Пособникъ занимаетъ мѣсто не въ самомъ исполненіи, а на ряду съ исполненіемъ. Роль его второстепенна: она не имѣетъ самостоятельнаго характера, и дѣяніе его характеризуется только дѣяніемъ виновника. Пособникъ желаетъ противозаконнаго послѣдствія, но только въ томъ случаѣ, когда другое лицо (виновникъ) уже прежде рѣшилось совершить преступленіе. Безъ совершенія или покушенія дѣянія, пособничество немыслимо. Пособничество находится въ такомъ же отношеніи къ совершенію, какъ и приготовленіе. Какъ невозможно положить общее начало касательно границы между приготовленіемъ и исполненіемъ, равнымъ образомъ и вопросъ,—принадлежитъ ли данное дѣйствіе къ области совершенія или пособничества,—можетъ быть рѣшенъ только при разсмотрѣніи обстоятельства даннаго случая. Дѣятельность виновника, пока онъ не приступитъ къ главному дѣйствію, ничѣмъ не отличается отъ дѣятельности пособника. Обыкновенныя средства интеллектуальнаго пособничества суть: совѣты; поощреніе лица, рѣшившагося уже совершить преступленіе; обѣщаніе укрывательства или недонесенія о преднамѣреваемомъ преступленіи. Пособничество физическое состоитъ: въ доставленіи орудій и средствъ для совершенія преступленія; въ облегченіи и устраненіи препятствій; въ нахожденіи на сторожѣ; въ дѣйствительномъ укрывательствѣ преступленія или преступника, вслѣдствіе даннаго прежде обѣщанія. Пособничество можетъ быть совершено посредствомъ дѣянія отрицательнаго, напр. когда домашній обѣщаетъ разбойникамъ не запереть дверей; когда кто, вслѣдстіе предварительнаго соглашенія съ преступникомъ, не донесетъ о совершенномъ имъ преступленіи.

Digitized by Google

238. Кромѣ дѣленія пособниковъ на умственныхъ и физическихъ, наука составила еще нѣсколько другихъ дѣленій, по большей части безполезныхъ. Однако жъ заслуживаетъ вниманія извѣстное уже италіянскимъ практикамъ отличеніе *существеннаго* или *необходимаго* отъ *несущественнаго пособничества*, согласно тому, было ли содѣйствіе пособника необходимо для совершенія преступленія, или же послѣднее могло исполниться безъ такого содѣйствія. Это дѣленіе, какъ основаніе для устепененія наказанія, принято законодательствами: прус. (35), итал. (104), дармшт. (73, 83), баден. (139), сакс. (54, 55), Ул. Ц. П. (128) и Ул. Имп. (121). Два первые кодекса относятъ это дѣленіе вообще ко всѣмъ лицамъ участвующимъ въ преступленіи (*Theilnehmer*, *complici*). Дѣйствующее законодательство принимаетъ пособничество въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, и не относитъ сюда пособничества въ самомъ исполненіи (Ул. Имп. 13: Ул. Ц. П. 15). Нѣкоторые полагаютъ, что это дѣленіе непрактично по трудности рѣшить, могъ ли виновникъ совершить преступленіе безъ содѣйствія даннаго лица или нѣтъ. Это возраженіе неосновательно: обстоятельства дѣянія могутъ дать судьѣ достаточное указаніе; въ случаѣ же сомнѣнія онъ рѣшитъ по началу „*in dubiis in mitius*“. Такое дѣяніе важно по той причинѣ, что существенный пособникъ, какъ это полагаютъ указанныя законодательства за исключеніемъ саксонскаго, долженъ быть наказываемъ на равнѣ съ виновникомъ [1]).

---

[1]) Уже нѣкоторые италіянскіе практики сознавали необходимость такого различенія наказуемости пособника по мѣрѣ того: „*utrum auxiliator causam delicto praebuit, aut non*“. Clarus, *Practica civ. et crim.*, Lib. V, § fin., qu. 90, n° 2. „Poena ordinaria delicti non intrat, nisi constet, quod delictum non poterat fieri sine illo auxilio“. Farinacius, *Praxis et theoret. crim.*, pars IV, qu. 130, n° 126, 127).

Digitized by Google

239. Если подстрекатель становится въ зависимость отъ дѣйствія виновника, то тѣмъ въ большей зависимости долженъ находиться пособникъ, котораго характеръ—второстепенный, придаточный. Пособникъ на столько заслуживаетъ наказанія, на сколько ему подлежитъ виновникъ. Не слѣдуетъ наказывать пособника въ самоубійствѣ, если законъ не взыскиваетъ за покушеніе на самоубійство, исключая тѣхъ случаевъ когда законодатель такое пособничество признаетъ самостоятельнымъ преступленіемъ. По мѣрѣ прогресса дѣятельности виновника, увеличивается и наказуемость пособника. Мы знаемъ, что тотъ или другой преступный характеръ дѣятельности виновника отражается на подстрекателѣ, и на оборотъ подстрекатель не имѣетъ такого вліянія на виновника. Отношеніе пособника къ виновнику точно такое же, какъ подстрекателя къ послѣднему. Субъективныя качества, увеличивающія наказуемость виновника, не имѣютъ вліянія на наказуемость пособника. Но объективно-субъективныя обстоятельства, характеризующія дѣяніе виновника, на столько вліяютъ на увеличеніе вины пособника, на сколько они были ему извѣстны [1]). Слѣдовательно, если пособникъ не зналъ, что виновникъ—домашній служитель, то онъ будетъ отвѣчать за пособничество въ простой кражѣ. Наоборотъ, если кто завѣдомо помогаетъ сыну въ отцеубійствѣ, то онъ будетъ наказанъ за пособничество въ отцеубійствѣ, а не въ простомъ убійствѣ. Пособникъ отвѣчаетъ на столько, на сколько виновникъ совершаетъ такое преступленіе, какое они согласились совершить, и при такихъ условіяхъ, на которыя произошло между ними соглашеніе. Если они согласились на кражу со взломомъ, а между тѣмъ винов-

[1]) Согласно этому воззрѣнію на наказуемость пособника опредѣлены въ сакс. код. правила статей 55 и 56.

Digitized by Google

никъ при завладѣніи вещію ранилъ кого, и такимъ образомъ совершилъ разбой; то пособникъ долженъ отвѣчать только за участіе въ кражѣ со взломомъ. Таково правило баварскаго код. (52). Равнымъ образомъ пособникъ долженъ отвѣчать только за простую кражу изъ незапертой квартиры, если онъ на такую кражу сговорился съ виновникомъ; а между тѣмъ послѣдній, не довольствуясь этимъ, разбилъ замки у мебели и похитилъ другія еще вещи. Согласно тому указаны правила въ нѣкоторыхъ германскихъ код. (бав., сакс., баден.). Чтобъ вмѣнить пособнику отягчающее обстоятельство, достаточно общее соглашеніе: не возможно требовать, чтобъ оно было подробно и точно, ибо самъ виновникъ не можетъ всего предвидѣть и зависитъ отъ случайныхъ обстоятельствъ. Отягчающія обстоятельства, могущія, по существу предмета, случиться при исполненіи, должны быть вмѣнены пособнику. Если кто обязался стоять на сторожѣ, во время нападенія на жилое уединенное строеніе съ намѣреніемъ совершить разбой, то,—хотя бы и условился съ виновниками, что они только свяжутъ или ранятъ жителей,—онъ долженъ быть признанъ пособникомъ въ разбоѣ, сопряженномъ съ убійствомъ, если кому причинены были смертельныя раны. Съ другой стороны, смягчающія объективно-субъективныя обстоятельства на сторонѣ виновника переходятъ на пособника, напр. если законъ (какъ въ австр. и вюрт. код.) облегчаетъ наказаніе виновнику кражи, когда онъ близкій родственникъ обокраденнаго.

240. Если, при опредѣленіи отношеній подстрекателя къ виновнику, не возможно въ одномъ и томъ же дѣяніи усматривать составъ двухъ различныхъ преступленій въ случаѣ нахожденія на сторонѣ подстрекателя отягчающихъ обстоятельствъ (*и.* 231); то тоже самое касается и пособника

Digitized by Google

тѣмъ болѣе, что его характеръ—второстепенный, что дѣйствіе его имѣетъ придаточное значеніе, и что, слѣдовательно, на немъ долженъ отражаться характеръ главнаго дѣянія. Нераздѣльность дѣйствій пособника и главнаго виновника, говоритъ Carmignani, не дозволяетъ раздѣлять преступленіе на двѣ половины и полагать, что одна половина дѣло виновника, другая же—пособника [1]). Такимъ образомъ пособляющій въ убійствѣ своего отца не можетъ быть наказанъ за отцеубійство, а только за обыкновенное убійство; но всетаки такое отношеніе пособника къ жертвѣ должно вліять на значительное увеличеніе мѣры слѣдующаго ему наказанія. Что въ этомъ случаѣ нельзя считать пособника участвующимъ въ отцеубійствѣ, тогда какъ наоборотъ, въ указанномъ выше случаѣ (*н.* 239) лицо, помогающее сыну, признается пособникомъ въ отцеубійствѣ,—это оправдывается тѣмъ общимъ замѣчаніемъ, что дѣйствіе пособника вмѣстѣ съ дѣйствіемъ виновника составляетъ одно цѣлое преступнаго дѣянія, характеръ котораго могутъ видоизмѣнять только субъективно-объективныя качества виновника.

241. Пособникъ можетъ пользоваться безнаказанностію, не смотря на совершеніе дѣянія виновникомъ, если онъ успѣшно противудѣйствовалъ первоначальной своей рѣшимости. И такъ: въ умственномъ пособничествѣ тотъ, кто

---

[1]) „. . il modo, col quale in complice nella sua maniera d'agire forma col principal deliquente un solo e medesimo contesto di azione . . . non permette, che . . si scinda e si separi un delitto in due, dicendo essere esso una cosa per un degli agenti, e una cosa diversa per altro". Carmignani, *Teoria*, II, 394. Противоположнаго начала придерживается франц. код. (380), освобождая родственниковъ потерпѣвшаго отъ отвѣтственности за кражу, и вмѣстѣ съ тѣмъ полагая наказаніе для укрывателей.

Digitized by Google

далъ совѣтъ или поощрялъ (напр. указалъ способъ приготовленія яда или уничтоженія подписи на документѣ), тотъ уже не въ состояніи взять это назадъ; но онъ можетъ, для избѣжанія наказанія, увѣдомить начальство или угрожаемое лицо. Въ пособничествѣ физическомъ, если пособникъ заблаговременно объявитъ виновнику, что онъ отказывается отъ участія; то онъ,—по баден. и вюрт. код., и по принятой во многихъ странахъ практикѣ,—освобождается отъ наказанія на равнѣ съ предъидущимъ случаемъ, когда умственный пособникъ предотвратилъ преступленіе. Однако жъ, какъ справедливо замѣчаетъ Geyer (*Erörterurgen*, стр. 162), не всегда въ этомъ случаѣ пособникъ уничтожаетъ свою наказуемость. Обѣщаніе физическаго содѣйствія составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ интеллектуальное пособничество, укрѣпляющее преступную рѣшимость въ виновникѣ. Не смотря на взятіе обратно пособникомъ даннаго имъ обѣщанія, нравственное вліяніе можетъ не терять своей силы. Однако жъ, такъ какъ трудно доказать такую психическую связь, то слѣдуетъ согласиться на принятое практикой правило. Дѣйствующее законодательство (Улож. Имп. 121; Улож. Цар. Польс. 128) полагаетъ здѣсь совершенно другое начало, и пособника,—отказывающагося отъ содѣйствія, если онъ притомъ не донесъ о преступленіи,—подвергаетъ наказанію за недонесеніе.

243. Изъ второстепеннаго характера пособника истекаетъ меньшая его наказуемость противъ виновника. Онъ не умственный творецъ дѣянія; онъ позволяетъ привлечь себя, или, будучи свидѣтелемъ предпріятія, онъ присоединяется къ нему. Однако жъ, не только въ субъективномъ, но и въ объективномъ отношеніи, вина пособника меньше, если только его содѣйствіе не было необходимо. По отношенію къ измѣренію наказанія для участвующихъ въ преступленіи

Digitized by Google

слѣдовательно и для пособниковъ, законодательства представляютъ два системы: *систему уравненія* или *ассимиляціи* и *систему различенія* (срав. Benoit-Champy, *Complicité*, 1861, Paris, стр. 43). Первая система, принятая франц. и австр. код., уравниваетъ наказаніе для всѣхъ участвующихъ въ преступленіи, не смотря на степень ихъ вины. Это начало такъ же несправедливо, какъ и уравненіе наказанія за покушеніе и совершеніе. Другія законодательства слѣдуютъ второй системѣ, по которой пособники подлежатъ менѣе строгому наказанію. Тѣ изъ нихъ, которыя дѣлятъ участіе на существенное и несущественное, наказываютъ существенныхъ участниковъ на равнѣ съ виновниками, хотя бы участіе ихъ состояло только въ пособничествѣ. Это правило согласно съ существомъ предмета тѣмъ болѣе, что, въ случаѣ низшей степени вины необходимаго пособника, можно ему уменьшить мѣру наказанія. Систему посредствующую между двумя указанными находимъ въ законодательствѣ бавар. (55) и вюртемб. (зак. 13 Авг. 1849 г., ст. 13), которыя, полагая началомъ *уравненіе*, предоставляютъ усмотрѣнію судьи наложеніе на пособника наказанія ниже *minimum*.

Digitized by Google

КНИГА III.

НАКАЗАНІЕ.

ГЛАВА I.

Существо и цѣль наказанія. Его качества. Его виды.

243. Когда кто либо, превышая предѣлы своей индивидуальной свободы, нарушаетъ общественный порядокъ, тогда государство противудѣйствуетъ такому нарушенію. Это противудѣйствіе называется наказаніемъ. Наказаніе есть внѣшнее принужденіе, слѣдующее за нарушеніе правила уголовнаго закона. Наказаніе есть внѣшнее принужденіе потому, что никакое насиліе, никакая сила, не можетъ быть непосредственно направлена на волю въ ея существѣ. Поэтому воля за неисполненіе обязанности можетъ быть постигнута только въ сферѣ внѣшнихъ ея правъ. Мотивъ всѣхъ человѣческихъ дѣяній есть удовольствіе или страданіе; отсюда и наказаніе, долженствующее поразить преступника, можетъ состоять въ лишеніи извѣстнаго блага или въ причиненіи страданія.

Digitized by Google

244. Общественное наказаніе есть самое крайнее средство, употребляемое государствомъ при недостаткѣ всѣхъ другихъ менѣе строгихъ мѣръ. Государство наказываетъ не все то, что наказуемо; оно исполняетъ карательную власть на сколько считаетъ это соотвѣтственнымъ, чтобъ напрасно не уменьшать располагаемыхъ имъ ограниченныхъ силъ. Оно никогда не наказываетъ для того, чтобъ наказывать (*н.* 40 и 71). Изъ внѣшняго характера государства истекаетъ, что во всемъ, предпринимаемомъ имъ, оно стремится къ осуществленію извѣстныхъ цѣлей. Какія же цѣли можетъ имѣть государство въ примѣненіи наказанія?

Теоріи полезнаго, считая точкою отправленія *цѣль наказанія*, образуютъ двѣ главныя групы по мѣрѣ того, имѣютъ ли онѣ преимущественно въ виду благо общества или индивида. Цѣль послѣднихъ теорій — исправленіе преступника. Теоріи, принадлежащія къ первой групѣ, сходны между собою въ томъ, что всѣ онѣ стремятся къ охраненію общественнаго порядка, т. е. имѣютъ цѣлью предупредить преступленія посредствомъ устрашенія. Такимъ образомъ, цѣли, къ осуществленію которыхъ можетъ стремиться государство посредствомъ наказанія, можно свести къ двумъ: къ *устрашенію* и къ *исправленію* преступника. Эти цѣли могутъ быть достигнуты или посредствомъ самой угрозы наказаніемъ, или посредствомъ исполненія его. Но никогда для осуществленія ихъ правосудіе не должно быть нарушаемо. Никогда наказаніе, въ отношеніи рода своего и величины, не должно превышать важности преступленія. Въ противномъ случаѣ законодатель впалъ бы въ односторонность теоріи устрашенія, которой послѣдовательное проведеніе требовало бы опредѣленія самыхъ строгихъ наказаній, попранія достоинства человѣка и признанія его простымъ орудіемъ. Съ другой стороны, уголовная политика

Digitized by Google

совѣтуетъ довольствоваться менѣе строгимъ наказаніемъ противъ слѣдующаго преступнику, если оно достаточно для достиженія двухъ выше упомянутыхъ цѣлей. Опытъ доказываетъ, что для удержанія отъ преступленій болѣе дѣйствительны умѣренныя, но неминуемо постигающія преступника, наказанія, чѣмъ слишкомъ строгія, которыя и судья неохотно примѣняетъ и законодатель смягчаетъ помилованіемъ. Цѣль устрашенія, на сколько она касается преступника, совпадаетъ съ цѣлью исправленія: ибо для законодателя безразлично, рѣшился ли кто не нарушать закона въ будущемъ отъ того, что онъ опасается наказанія, или оттого, что онъ нравственно переродился. Государство, какъ внѣшнее учрежденіе, не можетъ врываться въ чисто-духовную область, въ сферу мыслей, убѣжденій и мотивовъ.

245. Изъ только что изложенныхъ началъ о существѣ наказанія и его цѣляхъ, и согласно нашей основной теоріи (*н.* 41), истекаютъ два главныя его качества: *полезность* и *справедливость*. Первая есть поводъ примѣненія наказанія; вторая опредѣляетъ его предѣлы [1]). Въ отношеніи къ полезному, наказаніе должно быть *примѣрное* и *исправительное*. Наказаніе должно быть налагаемо въ интересѣ общества. Угроза наказаніемъ и исполненіе его должны быть такаго рода, чтобы могли удержать расположенныхъ къ совершенію даннаго преступленія. Этому наиболѣе содѣйствуетъ гласность всего судопроизводства съ преступникомъ. Наказаніе, въ отношеніи рода и образа его исполненія, дол-

---

[1]) Le principe complet du droit pénal . . . . a sa raison dans l'utilité et sa mesure dans la justice absolue (Tissot, *Dr. pén.*, I, 191).

Digitized by Google

жно содѣйствовать нравственному и юридическому исправленію преступника, но никогда не должно унижать его и возбуждать въ немъ ненависть къ обществу и негодованіе на его законы.

246. Для того, чтобы наказаніе было справедливо, оно должно быть *личное, соотвѣтственное винѣ, дѣлимое, одинаковое для всѣхъ, отпустимое и вознаградимое.*

Личное. Наказаніе должно быть личное въ томъ смыслѣ, чтобъ оно касалось только самаго виновника. Это начало выработалось постепенно. Въ древности, особенно же въ государственныхъ преступленіяхъ, ближайшіе родственники были наказываемы вмѣстѣ съ виновными: ибо древніе полагали, что преступленіе, совершенное предками, часто становится причиною совершенія потомками новыхъ преступленій. На этой мысли основаны фаталистическія греческія трагедіи. До конца XVIII вѣка была въ употребленіи конфискація имѣнія самоубійцы. Это даже до сихъ поръ сохранилось въ англійскомъ законодательствѣ, но не касается родоваго имѣнія (*lands of inheritance*; Stephen, *Summary*, cap. XII). Конфискація всего имущества или его части не допускается уже новѣйшими кодификаціями. Гражданская смерть, отмѣненная во Франціи только въ 1854 г., постигала невинныхъ, такъ какъ она уничтожала брачный союзъ со всѣми его гражданскими послѣдствіями (ст. 25 код. Нап.). Несомнѣнно, что всякое наказаніе вліяетъ, по крайней мѣрѣ посредственно, и на другія лица. Человѣкъ не живетъ уединенно: присужденіе его къ денежному взысканію или къ тюремному заключенію отражается и на членахъ его семейства. Такъ какъ подобное вліяніе на судьбу другихъ лицъ неизбѣжно; то слѣдуетъ стараться, чтобъ оно по мѣрѣ возможности было слабо.

Digitized by Google

217. *Соотвѣтственное винѣ.* Вопросъ объ уравненіи наказанія съ преступленіемъ не можетъ быть разрѣшаемъ отвлеченно, но только въ отношеніи къ данному обществу, степени его образованности и его нравамъ. Одно и то же наказаніе, въ различныхъ странахъ и въ различныя времена, можетъ имѣть различное значеніе. Унизительное наказаніе, доводящее европейца до отчаянія, можетъ не произвести никакого вліянія на африканца. Но практическое разрѣшеніе этого вопроса, даже въ данной мѣстности и времени, весьма трудно тѣмъ болѣе, что это состоитъ въ тѣсной связи съ другимъ вопросомъ, съ соразмѣреніемъ наказаній за различныя преступленія. Тщательное изслѣдованіе общественнаго убѣжденія можетъ дать здѣсь извѣстныя указанія, которыми долженъ пользоваться законодатель. Руководясь мудрой политикой, онъ не послѣдуетъ слѣпо убѣжденіямъ общества; но, выбирая изъ нихъ то, что хорошо, онъ очиститъ и облагородитъ то, что въ нихъ несовершенно.

218. *Дѣлимое.* Масштабъ вины въ одномъ и томъ же преступленіи такъ значителенъ; между совершеніемъ его съ весьма смягчающими и совершеніемъ съ весьма отягчающими обстоятельствами такое большое разстояніе,—что справедливое наказаніе должно принаровляться паралельно ко всѣмъ оттѣнкамъ вины. Этому требованію можетъ удовлетворить только наказаніе дѣлимое, если притомъ законодатель будетъ полагать относительно незначительные *minimum* и большіе *maximum*. Новѣйшіе кодексы, признавая необходимость такого соотношенія между *minimum* и *maximum*, отвергаютъ дѣленіе каждаго рода дѣлимаго наказанія на нѣсколько постоянныхъ степеней, чѣмъ такъ обилуютъ дѣйствующее законодательство, кодексъ италіянскій и испанскій.

Digitized by Google

249. *Одинаковое для всѣхъ.* Равенство предъ закономъ, требуемое справедливостію, не дозволяетъ дѣлать различіе между лицами, совершающими одно и тоже преступленіе, и полагать различныя наказанія смотря по степени образованія, какъ это дѣлаетъ виртемб. и прусс. кодексы, или по принадлежности къ тому или другому сословію, чего придерживается дѣйствующее законодательство. Если высшее образованіе или происхожденіе дѣлаетъ наказаніе болѣе чувствительнымъ; то съ другой стороны они даютъ бо́льшую возможность понимать надлежащимъ образомъ гражданскія обязанности. Хотя въ нравственномъ отношеніи наказаніе не можетъ быть равно для всѣхъ, ибо каждая личность имѣетъ иную степень впечатлительности; однако жъ должно стараться, чтобъ это равенство существовало по крайней мѣрѣ во внѣшнемъ правовомъ отношеніи.

250. *Отпустимое* и *вознаградимое.* Эти качества необходимы по поводу ошибочности человѣческихъ приговоровъ: иногда нужно возвратить невинному отнятыя у него права или вознаградить причиненный ему наказаніемъ вредъ. Отпустимость относится къ будущему; вознаградимость къ прошедшему. Наказаніе отпустимо, когда можно пріостановить его теченіе; оно вознаградимо, когда можно вознаградить вредъ, причиненный наказанному. Отпустимость вполнѣ возможна; но вознагражденіе не всегда можетъ уничтожить перенесенное страданіе, напр. если кто уже претерпѣлъ часть наказанія въ тюрьмѣ, то кто же возвратитъ ему потерянное здоровье? какъ вознаградить ему претерпѣнное имъ нравственное страданіе? Даже возвращеніе несправедливо взысканной денежной пени не всегда можетъ возмѣстить сдѣланный ущербъ; напр. если вслѣдствіе такого взысканія дѣла приговореннаго къ нему такъ

Digitized by Google

запутались, что онъ съ семействомъ своимъ впалъ въ нищету. Поэтому вознаградимость, какъ качество наказанія, должна быть понимаема только условно.

251. Въ сферѣ внѣшнихъ правъ человѣка самое важное *жизнь*, какъ необходимое условіе бытія и непосредственный органъ личности. Съ жизнію нераздѣльно соединено *тѣло*. Въ сношеніяхъ съ другими людьми, права человѣка проявляются въ сферѣ *личной свободы*, *чести*, — сопряженной съ участіемъ въ политической, общественной и семейной дѣятельности,—и *имущества*. Наказаніе, какъ направленное на внѣшнюю сторону личности человѣка, должно касаться одного изъ упомянутыхъ благъ. Поэтому наказанія могутъ быть слѣдующія: смертная казнь, тѣлесныя наказанія, лишеніе свободы или чести, и денежныя взысканія. Общая черта всѣхъ этихъ наказаній въ настоящее время состоитъ въ постепенно усиливающемся стремленіи къ умѣренному употребленію наказаній дѣлимыхъ или *относительно опредѣленныхъ*, т. е. дозволяющихъ степенить взысканіе отъ *minimum* до *maximum*, и къ уничтоженію смертной казни или по крайней мѣрѣ примѣненію ея въ маломъ количествѣ случаевъ, такъ какъ она есть наказаніе *абсолютное*, исключающее возможность устепененія. До такого состоянія дошло уголовное законодательство, проходя различныя моменты развитія, въ которыхъ можно усматривать четыре слѣдующихъ періода:

252. Въ началѣ общества существуетъ личная и семейная месть. Съ укрѣпленіемъ общественной власти, мѣсто мести, легко превышающей предѣлы причиненнаго зла, занимаетъ матеріальное *возмездіе*, какъ первая попытка справедливаго измѣренія наказанія. Тутъ единственное мѣрило

Digitized by Google

наказанія есть внѣшняя сторона дѣянія, причемъ не обращается никакого вниманія на духовную его сторону.

Рядомъ съ возмездіемъ начинаетъ появляться система *выкупа (compositio)*, преимущественно въ преступленіяхъ противъ частныхъ лицъ. Сначала обиженный имѣлъ право, или согласиться на выкупъ, или же требовать возмездія. Со временемъ, когда законодательство упрочило начало и тарифъ выкупа, послѣдній сдѣлался обязательнымъ.

Посредничество государства въ лицѣ судьи положило начало платѣ въ пользу казны, т. е. *пени (fredum, mulcta)*. Въ теченіе среднихъ вѣковъ, въ нѣкоторыхъ же странахъ еще въ XVIII столѣтіи, мы видимъ, рядомъ со строгими наказаніями за государственныя преступленія, систему выкупа за нарушеніе частныхъ правъ. Такое продолжительное время преобладалъ государственный характеръ въ уголовномъ правѣ. Это неудивительно, ибо для того, чтобъ возвыситься до понятія, — что посредствомъ причиненія вреда частному лицу нарушается общественный порядокъ,— государство должно стоять уже на высокой степени цивилизаціи.

Съ прекращеніемъ выкупа наступаетъ періодъ *уголовныхъ наказаній*, которыя строгостію своею одолжены преобладающему въ законодательствахъ стремленію къ устрашенію. Поворотъ къ умѣренности и внесеніе элемента христіанской любви въ уголовное право начинается во второй половинѣ XVIII вѣка.

Отличительная черта этого поворота состоитъ и въ томъ, что вмѣсто множества наказаній введено только нѣсколько родовъ ихъ. Изъ замѣченнаго до сихъ поръ направленія можно надѣяться, что смертная казнь и тѣлесныя наказанія будутъ совершенно отмѣнены, и останется

Digitized by Google

одно главное наказаніе—тюремное заключеніе, на которомъ теперь преимущественно опирается система наказаній въ наиболѣе образованныхъ государствахъ; лишеніе же чести и денежное взысканіе занимаютъ совершенно второстепенное мѣсто.

Digitized by Google

ГЛАВА II.

О наказаніяхъ въ особенности.

I. Смертная казнь.

253. Съ тѣхъ поръ, какъ Беккарія заявилъ рѣшительныя возраженія противъ смертной казни, юристы, философы и публицисты раздѣлились на два лагеря: защитниковъ и противниковъ ея. Число противниковъ постепенно увеличивается и вліяетъ на законодательства. Леопольдъ тосканскій первый отмѣнилъ смертную казнь 1786 г.; нынѣ она отмѣнена въ Сѣверо-американскихъ Штатахъ Мичиганъ, Родъ Эйландъ и Висконсинъ; въ Невштателѣ, Фрибургѣ, Ольденбургѣ, въ Ангальтъ, въ Нассау, въ Румуніи, Португаліи (1867 г.) и Саксоніи (1868 г.). Въ нѣкоторыхъ изъ удерживающихъ ее законодательствахъ она полагается теперь въ несравненно меньшемъ числѣ случаевъ, преимущественно же въ Англіи, гдѣ нынѣ это наказаніе опредѣлено только въ 7 случаяхъ, между тѣмъ какъ прежде полагалось въ 160. Законодатель прусскій и баварскій, сохраняя смертную казнь, сознаются въ мотивахъ: что они дѣлаютъ это только для временной необходимости, надѣясь, что дальнѣйшій прогресъ цивилизаціи дозволитъ со-

Digitized by Google

вершенно отмѣнить это наказаніе. Число случаевъ помилованія приговоренныхъ къ смертной казни, въ отношеніи числа случаевъ исполненія ея, весьма значительно.

254. Хотя исконный предразсудокъ служитъ сильною опорою этому наказанію; однако жъ оно ни справедливо, ни необходимо, ни полезно. И такъ:

1) Смертная казнь не имѣетъ существенныхъ качествъ наказанія. Она ни дѣлима, ни отпустима; ея не возможно степенить соразмѣрно винѣ; если она примѣнена по ошибкѣ, то ея уже вознаградить не льзя.

2) Это наказаніе противно правиламъ христіанства, по которому Богъ не желаетъ смерти грѣшнаго, законодатель же долженъ стремиться къ исправленіи преступника. Отъ такой возвышенной задачи христіанское государство уклоняться не можетъ [1]).

3) Общественная безопасность можетъ быть ограждена, вмѣсто смертной казни, пожизненнымъ или безсрочнымъ заключеніемъ, съ возможностію въ послѣднемъ случаѣ освобожденія несомнѣнно исправившагося преступника. По свидѣтельству опытныхъ тюремныхъ надзирателей, почти каждый преступникъ можетъ исправиться при соотвѣтственномъ съ нимъ обхожденіи и надлежащемъ устройствѣ тюремъ. Смертъ исключаетъ возможность исправленія.

4) Цѣль устрашенія можетъ быть достигнута посредствомъ пожизненнаго заключенія. Уголовная статистика до-

---

[1]) Въ прошеніи, поданномъ французскому сенату, со 100,000 подписями 1864 г., мы находимъ слѣдующія слова: „Les plus grands esprits et les plus généreux depuis un siècle déjà ont professé et propagé la croyance éminemment chrétienne, qua la vie humaine est inviolable."

Digitized by Google

казываетъ, что тамъ, гдѣ смертная казнь отмѣнена, число преступленій, къ которымъ примѣнялось прежде это наказаніе, ни сколько не увеличилось; наоборотъ репрессія сдѣлалась болѣе дѣйствительною (Mittermeier, *Todesstrafe*, стр. 95, слѣд.). Уменьшенію числа преступленій скорѣе содѣйствуютъ умѣренныя, нежели строгія наказанія. Не только угроженіе смертною казнію, но и самое исполненіе ея, не производитъ столь устрашающаго вліянія, какъ полагаютъ ея защитники. По многочисленнымъ свидѣтельствамъ тюремныхъ чиновниковъ толпа легко привыкаетъ къ смертной казни и считаетъ ее зрѣлищемъ; въ Англіи даже во время исполненія ея совершаются многочисленныя карманныя воровства. Несоотвѣтственность публичнаго исполненія этой казни была поводомъ, что нѣкоторыя законодательства (Соедин. Штат., прус., сакс., баден., бавар., вирт. и англій.), требуютъ совершенія ея внутри тюремнаго зданія. Но, принявъ это измѣненіе, уже нельзя говорить объ устрашеніи посредствомъ исполненія этого наказанія.

5) Смертную казнь защищаютъ преимущественно въ убійствѣ, утверждая, что по общему убѣжденію народовъ, пролитая кровь требуетъ крови. Хотя законодатель долженъ изучать общественную совѣсть, однако жъ онъ не можетъ слѣпо ей слѣдовать: напротивъ того онъ обязанъ облагораживать ее и освобождать отъ предразсудковъ.

II. Тѣлесныя наказанія.

255. Эти наказанія, преимущественно же наказаніе розгами, казались соотвѣтственными по удобству, быстротѣ исполненія, малоцѣнности, и притомъ по тому, что они предотвращали переполненіе тюремъ. Изувѣченіе и клей-

Digitized by Google

меніе уже не существуютъ въ кодексахъ. Наказаніе розгами постепенно исчезаетъ; оно только исключительно сохранено въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ кодексахъ: австрійскомъ (въ случаѣ повторенія преступленія, или какъ придаточное наказаніе къ тюрьмѣ, или же въ замѣнъ ареста для служителей и поденщиковъ), гановерскомъ (для малолѣтнихъ и праздношатающихся), саксонскомъ (какъ наказаніе придаточное и для праздношатающихся), вюртембергскомъ (какъ замѣнительное и какъ придаточное наказаніе) и въ англійскомъ (для малолѣтнихъ).

Почти всѣ согласны, что сохраненіе наказанія розгами было бы несогласно съ существенною обязанностію государства—стремиться къ облагороженію народонаселенія. Это наказаніе унизительно для преступника и оскорбительно для государства. Какъ средство устрашенія, оно не всегда дѣйствительно, и возбуждаетъ негодованіе и ненависть къ обществу. Если оно для человѣка слабаго чувствительно и можетъ повредить его здоровью; то на сильнаго и привыкшаго къ нему вліяетъ очень слабо. Тѣлесное наказаніе, унижая преступника, уничтожаетъ цѣль исправленія. Чувствительность этого наказанія зависитъ отъ силы и произвола исполнителя.

III. Лишеніе свободы.

256. Сюда относятся: *ссылка* и *тюрьма*. Объ этихъ наказаніяхъ скажемъ только вообще, такъ какъ подробности принадлежатъ къ административному праву или къ вопросу объ исполненіи наказаній въ судопроизводствѣ.

1) *Ссылка* есть удаленіе изъ отечества и поселеніе въ отдаленномъ краѣ, соединенное иногда съ принудительны-

Digitized by Google

ми работами. Начиная съ Бэнтама, нѣкоторые охуждаютъ ссылку; однако жъ она можетъ быть удобна для цѣли исправленія. Но послѣдовательное проведеніе этого наказанія труднѣе и искуственнѣе другихъ наказаній, и значительно зависитъ отъ мѣстныхъ условій странъ, назначенныхъ для ссылки. Несравненно легче ссылать въ существующія уже колоніи, нежели образовать новыя изъ преступниковъ. Образованіе такихъ колоній зависитъ отъ экономическихъ и коммерческихъ условій. Поэтому ссылка не можетъ занимать постояннаго мѣста въ системѣ наказаній. Она скорѣе имѣетъ характеръ переходной и придаточной мѣры. Англія примѣнила ссылку въ обширныхъ размѣрахъ. Переселеніе въ Австралію въ концѣ XVIII вѣка излишка преступниковъ, переполняющихъ тюрьмы, открыло путь поселенію свободныхъ пришельцевъ. Посредствомъ принудительнаго труда ссыльныхъ, стойкіе и предпріимчивые колонисты въ теченіи 50 лѣтъ преобразили пустыню въ прекрасную и цвѣтущую колонію. Но вынужденный трудъ можетъ быть только временною мѣрою въ учреждающейся колоніи при большемъ недостаткѣ рукъ. Такой трудъ вліяетъ вредно на характеръ хозяина и рождаетъ ненависть между почти рабскимъ состояніемъ ссыльнаго и состояніемъ свободнаго. Лишь только колонія разовьется до того, что нѣтъ возможности устроить постепенный переходъ изъ состоянія ссыльнаго къ состоянію колониста,—по поводу наплыва народонаселенія въ колонію и трудности найти занятіе,—колонизація должна пріостановиться, ибо тогда она теряетъ подъ собою почву. Отсюда необходимость образовать новыя колоніи. Такая зависимость ссылки отъ положенія колоній довела наконецъ Англію до изъятія ссылки изъ числа уголовныхъ наказаній. Только въ видѣ ис-

Digitized by Google

ключенія, закономъ 1857 г., правительство уполномочено устроивать каторжныя работы въ заморскихъ колоніяхъ.

257. Между другими государствами, ссылающими преступниковъ, заслуживаетъ вниманія Франція, которая съ этою цѣлью назначила Гвіану; но нездоровый климатъ не дозволяетъ надѣяться отъ этой мѣры хорошихъ результатовъ. Совершенно другой характеръ ссылки въ Сибирь. Сосланному несравненно легче возвратиться отсюда на родину, нежели изъ заморскихъ колоній. Вслѣдствіе огромнаго пространства, на которомъ разбросаны ссыльные, бѣгство случается очень часто. Бѣглые угрожаютъ общественной безопасности и дѣлаются ужасомъ окрестностей. Исполненіе этого наказанія сопряжено съ тѣмъ неудобствомъ, что преступникъ слабаго здоровья подвергается опасной болѣзни или смерти во время изнурительнаго и продолжающагося около года путешествія на мѣсто ссылки.

258. 2) *Тюремное заключеніе.* Это наказаніе въ отношеніи качества и количества, т. е. въ отношеніи своей продолжительности и способа устройства, представляетъ большую возможность разнообразія и постепенности. Изъ всѣхъ родовъ наказаній оно наиболѣе въ состояніи удовлетворить условіямъ справедливаго и полезнаго наказанія. По этому нынѣ система наказаній основана главнымъ образомъ на тюремномъ заключеніи. Что касается продолжительности временнаго заключенія, законодательства обыкновенно опредѣляютъ 20 лѣтъ; нѣкоторыя даже, какъ вюртембергское и саксонское,—25 и 30 лѣтъ. Этотъ срокъ слишкомъ дологъ. Наблюденія тюремныхъ надзирателей въ различныхъ странахъ указываютъ, что по большей части между 10-мъ и 12-мъ годомъ заключенія преступникъ совершенно теря-

Digitized by Google

етъ нравственную энергію или физическія силы, и дѣлается такимъ образомъ неспособнымъ къ труду; потерявъ же возможность обезпечить свое существованіе, онъ дѣлается бременемъ для общества или же впадаетъ въ новыя преступленія. Такихъ послѣдствій не должно имѣть временное заключеніе: ибо временное заключеніе должно сдѣлать преступника способнымъ къ дѣятельной жизни, а не замѣнять его въ страдательное, механическое орудіе.

259. Вопросу объ устройствѣ тюремъ должно предпослать указаніе ихъ видовъ. Законодательства обыкновенно полагаютъ нѣсколько, и даже, какъ кодексъ испанскій, болѣе десяти *видовъ заключенія*. Практическое примѣненіе такого дѣленія требуетъ большихъ издержекъ, между тѣмъ оно излишне. Преступленія или унижаютъ человѣка въ общественномъ мнѣніи, если они свидѣтельствуютъ о его превратномъ характерѣ или небрежномъ воспитаніи; или же не лишаютъ чести въ глазахъ согражданъ, когда эти преступленія истекаютъ изъ временнаго порыва страстей или повиновенія господствующему предразсудку. Такимъ образомъ и тюремное заключеніе, по существу своему, должно быть двоякое: унижающее и неунижающее. Составленіе бо́льшаго числа видовъ его — совершенно произвольно. Эту мысль осуществилъ австрійскій законодатель (тюрьма и арестъ); но въ каждомъ изъ этихъ двухъ видовъ полагаетъ два оттѣнка.

260. Самый важный вопросъ въ отношеніи къ заключенію, это—*устройство тюремъ*. Съ конца прошедшаго столѣтія продолжается борьба между двумя противоположными системами: между *совмѣстнымъ* и *одиночнымъ заключе-*

Digitized by Google

ніемъ. Приверженцы каждой изъ этихъ системъ стараются доказать, что она наиболѣе способствуетъ цѣлямъ репресіи и исправленія. Но эти цѣли скорѣе могутъ быть приняты въ уваженіе въ продолжительныхъ наказаніяхъ. Въ новѣйшее время нѣкоторыя государства не поняли, какое важное вліяніе на измѣреніе наказанія и интензивность его имѣетъ примѣненіе вполнѣ или только отчасти той или другой системы, и предоставляютъ это усмотрѣнію администраціи. Извѣстныя общія правила должны быть здѣсь опредѣлены законодателемъ: судьѣ нужно знать, какое свойство и образъ исполненія наказанія, къ которому онъ приговариваетъ преступника. Это не должно безусловно зависѣть отъ произвола судьи или административнаго начальства.

261. За *систему совмѣстнаго заключенія* говорятъ привычка, долгое существованіе и дешевизна; и притомъ она наиболѣе соотвѣтственна человѣческой природѣ. Эту систему, чтобъ сдѣлать ее годною къ исправленію преступниковъ, старались улучшить: посредствомъ классификаціи ихъ по преступленіямъ или по степени испорченности, посредствомъ пріученія преступниковъ къ непрерывному труду при взаимномъ надзорѣ, посредствомъ наградъ и проч. Но съ одной стороны исправленіе не можетъ быть исключительною цѣлью наказанія; съ другой не возможно избѣгнуть вліянія развращенныхъ на тѣхъ, которые расположены къ исправленію. Классификація не имѣетъ вѣрнаго основанія: трудно узнать, которые изъ преступниковъ могутъ находиться вмѣстѣ безъ опасенія вреднаго вліянія другъ на друга. Уединеніе преступниковъ ночью представляетъ нѣкоторое улучшеніе; но соединенное съ этимъ въ *оборнской системѣ* молчаніе—почти непримѣнимо: не возможно предотвратить сношенія посредствомъ жестовъ и знаковъ. Взаимный надзоръ

Digitized by Google

преступниковъ возбуждаетъ между ними ненависть. Кромѣ того, по сдѣланнымъ наблюденіямъ, нравственное впечатлѣніе наказанія ослабляется совмѣстнымъ заключеніемъ: преступники найдутъ всегда возможность развлеченія; притомъ они, находясь вмѣстѣ съ другими въ обширныхъ залахъ, или на открытомъ пространствѣ, мало чувствуютъ потерю свободы. Съ другой стороны, для многихъ менѣе испорченныхъ арестантовъ, совмѣстное заключеніе весьма тягостно и часто подвергаетъ ихъ гоненію товарищей [1]). Иногда въ тюрьмѣ образуются опасныя для общества связи и шайки. Совмѣстное заключеніе не дозволяетъ индивидуализировать наказанія, т. е. обращать вниманіе на личность наказываемаго и на средства соотвѣтственнаго на него вліянія, безъ чего исправленіе невозможно. Въ совмѣстномъ заключеніи тюремное начальство обращаетъ болѣе вниманія на преступниковъ вообще, нежели на каждаго отдѣльно.

262. *Система одиночнаго заключенія* наиболѣе соотвѣтствуетъ цѣли исправленія. Она предотвращаетъ вліяніе злаго примѣра; облегчаетъ обращаться съ каждымъ преступникомъ согласно съ его индивидуальностію, и дать ему образованіе; благопріятствуетъ сосредоточенію духа, необходимому для направленія къ добру. Но и въ отношеніи репресивнаго вліянія на преступника, эта система дѣйствительнѣе. Опытъ доказываетъ, что заключеніе съ начала дол-

---

[1]) „*La détention en commun est la plus lourde et la plus funeste aggravation de peine qui se puisse imaginer.*“ Aylies (*Revue des Deux Mondes*, 1 Juin, 1865). Въ связи съ этимъ говоритъ Krug (*Entwurf zum Strafgesetzbuche*, Halle, 1862): „*Es ist sehr die Frage, ob die gemeinschaftliche Haft nicht häufig schwerer ist als die Einzelhaft.*“

Digitized by Google

жно имѣть такое вліяніе, чтобъ преступникъ сильно почувствовалъ заслуженное имъ страданіе. Такое вліяніе можетъ быть достигнуто только посредствомъ келейнаго заключенія. Даже и противники сознаютъ полезность этой системы, такъ какъ они считаютъ удобнымъ примѣненіе ея вообще на извѣстное время, или же въ отношеніи къ преступникамъ, могущимъ вредно подѣйствовать на другихъ. Возражаютъ противъ этой системы, что она противна общежительной природѣ человѣка и вредна въ своихъ послѣдствіяхъ; но одиночество не вырываетъ человѣка изъ общества, какъ это дѣлаетъ пенсильванская и филадельфійская система, требующія почти совершеннаго уединенія: оно ставитъ преступника только въ отношеніе съ лицами, могущими произвести на него благотворное вліяніе. Равнымъ образомъ неосновательно возраженіе, будьто одиночное заключеніе вліяетъ вредно на здоровье и умственныя способности преступника. При надлежащемъ устройствѣ тюремъ, число случаевъ смертности и сумасшедствія въ этой системѣ не больше чѣмъ въ системѣ совмѣстности.

263. Вслѣдствіе болѣе тягостнаго вліянія этой системы, можно по истеченіи извѣстнаго времени переводить арестанта въ общій залъ съ тѣмъ, что онъ возвратится въ келію, если сдѣлается вреднымъ. Эта *смѣшанная система* кажется наиболѣе соотвѣтственна. По мнѣнію опытныхъ знатоковъ, долговременное заключеніе, исполняемое въ одномъ и томъ же видѣ, постепенно теряетъ силу нравственнаго вліянія на характеръ наказываемаго. Долгое келейное заключеніе дѣйствуетъ вредно, ослабляетъ энергію и уничтожаетъ самостоятельность дѣйствованія. Но въ продолженіи какаго же времени арестантъ долженъ находиться въ кельѣ? Опредѣніе постояннаго срока (какъ нир. 6-лѣт-

Digitized by Google

няго въ баденскомъ законодательствѣ или 9-мѣсячнаго какъ въ Англіи, гдѣ келья есть только приготовленіе къ совмѣстному заключенію), кажется неумѣстно. Всего лучше, если законодатель опредѣлитъ *maximum* одиночнаго заключенія, составляющее извѣстную часть полнаго наказанія, и если притомъ коллегіальному рѣшенію тюремнаго начальства будетъ предоставлена власть сократить этотъ срокъ. Эта мысль примѣнена въ маломъ объемѣ въ Ирландіи, гдѣ, въ случаѣ хорошаго поведенія, съ 9-мѣсячнаго одиночнаго заключенія сбавляется одинъ мѣсяцъ. При весьма краткомъ заключеніи въ кельѣ, легко ошибиться на счетъ того, что ареетантъ набрался достаточно духовныхъ силъ, чтобы побороть опасность слѣдующаго затѣмъ совмѣстнаго заключенія.

264. *Учрежденія, дополняющія тюремное заключеніе.* Для того, чтобъ отбывшаго наказаніе удержать отъ будущихъ преступленій, и направить его на путь обязанностей, недостаточно даже самое лучшее устройство тюремъ. Трудность найти занятіе, недовѣріе и предубѣжденіе общества къ освобожденному изъ тюрьмы легко могутъ толкнуть его къ новому паденію. Это можетъ быть предотвращено посредствомъ учрежденій, облегчающихъ арестанту постепенную подготовку къ правильному образу жизни. Таковы *учрежденія посредствующія* между заключеніемъ и свободою, *условное увольненіе изъ тюрьмы, и общества, покровительствующія уволеннымъ.*

265. *Учрежденія посредствующія* составляютъ то же самое для преступниковъ, что домы оправляющихся отъ болѣзни для выписываемыхъ изъ госпиталя. Посредствующее учрежденіе Кровтона въ Смитфильдѣ въ Ирландіи и такое же земледѣльческое въ Люскъ принесли желаемые результаты:

Digitized by Google

они значительно содѣйствовали уменьшенію числа преступленій. Осужденный, который довольно продолжительное время находился въ тюрьмѣ [1]), въ случаѣ перевода его въ посредствующее заведеніе, считается еще арестантомъ, но пользуется несравненно большею свободою. Онъ получаетъ за свой трудъ вознагражденіе, котораго частицею въ правѣ располагать. Онъ можетъ даже быть употребляемъ къ услугамъ и покупкамъ внѣ тюрьмы, что вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ испытаніемъ.

266. Изъ числа средствъ поощренія къ исправленію, самое дѣйствительное есть *условное освобожденіе* отъ части наказанія. Эта мѣра примѣнена съ пользою къ малолѣтнимъ во Франціи. Она въ самомъ обширномъ объемѣ введена въ Англіи съ 1853 года такимъ образомъ: вслѣдствіе постояннаго хорошаго поведенія арестантъ, по истеченіи извѣстнаго времени, увольняется съ условіемъ, что въ случаѣ худаго поведенія онъ опять будетъ заключенъ въ тюрьму безъ вычета проведеннаго имъ на свободѣ времени. Это учрежденіе еще лучше примѣнено въ Ирландіи, гдѣ, до условнаго увольненія, тюремные чиновники отыскиваютъ арестанту помѣщеніе, что приходится имъ легко, такъ какъ посредствующее заведеніе пользуется довѣріемъ гражданъ. Условное увольненіе введено въ Саксоніи 1863 г. и въ проектѣ португальскомъ 1861 г. Полезность этой мѣры не подлежитъ сомнѣнію. Возраженія возможны только съ точки

---

[1]) Если кто напр. былъ осужденъ на 4 года, то онъ долженъ по крайней мѣрѣ содержаться въ общемъ заключеніи 2 года и 10 мѣсяцевъ. Отсюда онъ переходитъ въ посредствующее учрежденіе, изъ котораго по истеченіи 5 мѣсяцевъ можетъ быть условно освобожденъ.

Digitized by Google

зрѣнія отвлеченной абсолютной теоріи. Отвергая условное увольненіе, слѣдовало бы вмѣстѣ съ тѣмъ отвергнуть и помилованіе преступника, отбывшаго уже часть наказанія. Но неужели такое увольненіе не соотвѣтственнѣе помилованія?

267. Опыты, сдѣланные государствами для *покровительства уволеннымъ преступникамъ*, какъ нпр. въ Бельгіи, были недѣйствительны; между тѣмъ какъ частныя общества оказали здѣсь существенныя услуги. Преимущественно полезно, когда эти общества находятся вблизи большихъ тюремъ, потому что члены общества могутъ посѣщать ихъ и изучать характеръ преступниковъ до ихъ освобожденія. Самыя замѣчательныя общества—лондонское и нюіоркское.

268. Къ наказаніямъ, касающимся свободы, принадлежатъ: изгнаніе, высылка изъ одной мѣстности въ другую (релегація), запрещеніе удаляться изъ извѣстной мѣстности, назначенной мѣстопребываніемъ (интернація, *confinatio*), и полицейскій надзоръ.

Изгнаніе изъ государства, какъ наказаніе для туземцевъ, имѣетъ незначительное примѣненіе. Оно извѣстно въ нѣкоторыхъ случаяхъ франц. и бразил. кодексамъ, и въ маломъ объемѣ дѣйствующему законодательству. Это наказаніе несогласно съ началами международнаго права: оно ведетъ къ обмѣну преступниковъ, или къ нарушенію правъ другаго государства изверженіемъ въ него преступниковъ. Поэтому въ новѣйшее время это наказаніе признано несоотвѣтственнымъ. Оно неудобно и потому, что облегчаетъ осужденному возможность дѣйствовать противъ общественнаго порядка въ его государствѣ. Съ другой стороны, оно отчасти ведетъ къ новымъ преступленіямъ, такъ какъ въ чужомъ краѣ труднѣе

Digitized by Google

снискать себѣ содержаніе. Принятое преимущественно въ германскихъ и въ дѣйствующемъ законодательствахъ изгнаніе иностранцевъ,—послѣ отбытаго ими вполнѣ или отчасти наказанія, или вмѣсто слѣдующаго за симъ полицейскаго надзора,—не можетъ подлежать возраженіямъ: ибо справедливо, чтобъ государство отказало въ гостепріимствѣ иностранцу, нарушившему его порядокъ.

269. Интернація, релегація и полицейскій надзоръ признаются въ нѣкоторыхъ кодексахъ послѣдствіями наказанія. Но они суть собственно придаточныя наказанія.

Интернація сохранилась еще въ код. бразил. и испан. Несоотвѣтственность этого наказанія состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, что оно прикрѣпляетъ уволеннаго изъ тюрьмы къ мѣстности, гдѣ иногда онъ не можетъ найти средствъ къ честному заработку.

270. *Релегація*, или высылка изъ извѣстной мѣстности съ воспрещеніемъ возвращаться въ нее, встрѣчается во многихъ современныхъ кодексахъ. Этой мѣры требуетъ иногда общественная безопасность: чтобъ предупредить стеченіе уволенныхъ изъ тюрьмы преступниковъ въ большихъ городахъ, гдѣ контроль подозрительныхъ труднѣе; чтобъ воспрепятствовать образованію вновь шайки преступниковъ, существовавшей прежде въ извѣстной мѣстности; чтобъ предотвратить дальнѣйшія между сторонами стычки, вызвавшія дѣянія, угрожающія жизни одной изъ нихъ и т. д.

271. *Полицейскій надзоръ* надъ важными преступниками, отбывшими наказаніе, составляетъ обязанность бдительныхъ властей. Этотъ надзоръ долженъ быть исполняемъ секретно и безъ стѣсненія свободы занятія, что именно существуетъ

Digitized by Google

въ Англіи. Полицейскій надзоръ преимущественно обременителенъ во Франціи, такъ какъ онъ ставитъ состоящее подъ нимъ лицо въ совершенно уединенное отъ общества положеніе. Полицейскій надзоръ помѣщается обыкновенно въ числѣ послѣдствій наказанія. Но собственно это—отдѣльное наказаніе; и такой характеръ признаютъ за нимъ франц. и италіян. кодексы. Одни законодательства присоединяютъ надзоръ къ извѣстнымъ наказаніямъ; другія —къ извѣстнымъ преступленіямъ; иныя же предоставляютъ опредѣленіе его судьѣ, который преимущественно долженъ руководиться общественною безопасностію. Послѣдняя система, принятая бавар. код. (36), самая лучшая: ибо если надзоръ долженъ обезпечить общество отъ новыхъ преступленій наказаннаго, то болѣе основательный мотивъ опасенія представляетъ личность преступника нежели родъ наказанія или преступленія. Срокъ надзора означаютъ кодексы не болѣе 10 лѣтъ; баварскій же опредѣляетъ *maximum* 2 года, предоставляя полицейскому начальству сократить этотъ срокъ (ст. 37 и 39). Франц. кодексъ приговоренныхъ къ принудительнымъ работамъ (*travaux forcés*) подвергаетъ пожизненному надзору.

IV. Лишеніе чести.

278. Лишеніе чести есть или *устыдительное* или *позорящее*. Къ первому принадлежатъ: *испрошеніе прощенія*, *выговоръ* и *замѣчаніе*. Эти наказанія — безполезны, ибо внѣшнее наказаніе не можетъ быть исключительно направлено на нравственную сторону человѣка. Выговоръ и замѣчаніе могутъ не произвести никакого впечатлѣнія. Вообщее устыдительныя наказанія чувствительны или нѣтъ, по мѣрѣ образованія и личнаго расположенія приговореннаго къ нимъ. Испрошеніе прощенія есть наказаніе, котораго исполнитель—самъ

Digitized by Google

осужденный. Значеніе этого наказанія зависитъ отъ образа его исполненія. Но какъ принудить приговореннаго исполнить это наказаніе надлежащимъ образомъ.

273. Другое значеніе *наказаній позорящихъ*. Нѣкорыя преступленія обнаруживаютъ внутреннее безчестіе. Если дѣяніе лишаетъ чести въ общественномъ мнѣніи и предъ лицомъ нравственности; то и законъ долженъ налагать наказаніе обезчесчивающее, ибо онъ тогда освящаетъ только то, что́ вытекаетъ изъ самаго дѣянія. Такой обезчесчивающій характеръ законъ придаетъ наказанію: посредствомъ лишенія или временнаго пріостановленія политическихъ и гражданскихъ правъ, которыя признаются или наказаніями самостоятельными (какъ во Франціи *dégradation civique*), или же придаточными; или посредствомъ способа исполненія наказанія, состоящаго въ извѣстномъ позорящемъ обрядѣ, какъ выставленіе у позорнаго столба и клейменіе. Нынѣ эти наказанія имѣютъ характеръ придаточныхъ къ извѣстнымъ видамъ наказаній. Кодексъ испанскій полагаетъ, что никакое наказаніе не срамитъ („*La ley no reconoce pena alguna infamante*“, art. 23), будто бы законъ могъ созидать общественное мнѣніе и произвольно придавать наказанію обезчесчивающій или необезчесчивающій характеръ [1]). Наказанія, состоящія въ унизительномъ обрядѣ, постепенно исчезаютъ изъ кодексовъ. Въ Бельгіи до изданія кодекса 1867 г. существовало выставленіе у позорнаго столба. Въ Испаніи находимъ еще выставленіе у столба съ желѣзнымъ ошейникомъ (*argolla*). Такія наказанія несогласны съ цѣлію исправленія: выставляя на посмѣяніе толпы, они изглаживаютъ въ наказываемомъ всѣ слѣды человѣческаго достоинства и лишаютъ его возможности воз-

[1]) „Lo, que naturalmente deshonra, tu no puedes hacer que deje de deshonrar.“ Pacheco (*Codigo*, I, 307).

Digitized by Google

вратиться на путь обязанности; чѣмъ извращеннѣе преступникъ, тѣмъ они дѣлаютъ на него меньшее впечатлѣніе.

274. Наказанія, направленныя на правоспособность т. е. на исполненіе личныхъ правъ, могутъ быть соотвѣтственны и согласны съ существомъ предмета, когда они — послѣдствіе позорящихъ дѣяній и опредѣляются на извѣстный срокъ, какъ это дѣлаетъ ольденб. кодексъ (съ 1—5 лѣтъ, ст. 16). До сихъ поръ обыкновенно встрѣчаемъ въ кодексахъ правило не только о пріостановленіи, но и о лишеніи такихъ правъ. Послѣднее лишаетъ возможности сдѣлаться полезнымъ членомъ общества и основывается на предположеніи, что осужденный никогда не переродится нравственно, никогда не сдѣлается честнымъ человѣкомъ [1]). Несправедливыя послѣдствія лишенія правъ предотвращаетъ въ Франціи извѣстная во французскомъ правѣ *réhabilitation*. Пріостановленіе правъ должно главнымъ образомъ касаться политическихъ и общественныхъ правъ, и состоять: въ устраненіи отъ участія въ публичной жизни и въ корпораціяхъ, отъ исполненія обязанностей присяжнаго, и проч. Но лишеніе гражданской правоспособности можетъ быть болѣе вредно для третьихъ лицъ, чѣмъ для преступника, напр. лишеніе права быть свидѣтелемъ, уполномоченнымъ и третейскимъ судьей. Од-

---

[1]) На третьемъ съѣздѣ германскихъ юристовъ 1863 г. въ Вѣнѣ признано: что лишеніе или ограниченіе правоспособности должно быть полагаемо только за дѣянія, унижающія въ общественномъ мнѣніи; и что по принципу эти послѣдствія наказанія пресѣкаются съ отбытіемъ его; но законъ можетъ дозволять судьѣ, въ видѣ исключенія, опредѣлять ограниченіе правоспособности и на слѣдующее за тѣмъ время, не долѣе 10 лѣтъ (*Strafrechtszeitung*, 1863, Januar; срав. Wahlberg, *Die Ehrenfolgen*, Wien, 1864, стр. 53).

Digitized by Google

нако жъ такое возраженіе не касается лишенія права быть опекуномъ, ибо всегда для семейнаго совѣта и для блага несовершеннолѣтнихъ болѣе ручательства даетъ человѣкъ безукоризненный.

V. Наказанія имущественныя.

275. Эти наказанія состоятъ или въ конфискаціи или въ обязанности уплатить въ пользу казны извѣстную сумму. *Конфискація* можетъ простираться или на все имущество, или на часть его, или же на отдѣльные предметы. Конфискація имущества постепенно исчезаетъ изъ кодексовъ. Она сохранилась исключительно въ дѣйствующемъ законодательствѣ въ преступленіяхъ государственныхъ. Главное возраженіе противъ этого наказанія—то, что оно не есть личное, и поражаетъ невинное семейство преступника; въ случаѣ же, когда онъ не приговоренъ къ смерти, оно лишаетъ его средствъ существованія, такъ какъ конфискація обыкновенно простирается на все имущество. Конфискація отдѣльныхъ предметовъ, служащихъ орудіемъ для совершенія преступленія (напр. для поддѣлки монеты) или составляющихъ послѣдствіе преступленія (оклеветывающее сочиненіе, соблазнительныя изображенія, поддѣльныя монеты и пр.), оправдывается задачею уголовной политики и дѣятельности, предупреждающей преступленія.

276. Главное качество *денежной пени* — дѣлимость. Денежная неня составляетъ соотвѣтственное наказаніе въ меньшихъ преступленіяхъ, такъ какъ она необременительна; притомъ она умѣстна какъ придаточное наказаніе въ важнѣйшихъ преступленіяхъ, вызванныхъ корыстолюбіемъ. Но, опредѣляемая въ значительномъ количествѣ несоразмѣрно съ

Digitized by Google

зажиточностію преступника, она равнялась бы конфискаціи. Примѣненіе же ея въ слишкомъ многихъ случаяхъ не было бы согласно съ достоинствомъ государства, такъ какъ это составляло бы для него отдѣльный источникъ дохода. Всего умѣстнѣе, какъ это дѣлаютъ обыкновенно кодексы, если законъ опредѣляетъ *maximum* суммы, которой денежное взысканіе не можетъ превысить и, когда, сравнительно съ *maximum*, существуетъ *minimum* относительно незначительный для того, чтобы судья могъ соразмѣрять наказаніе со средствами виновнаго, такъ какъ незначительное для богатаго можетъ поглотить все имущество бѣднаго.

Digitized by Google

ГЛАВА III.

Мѣра наказанія.

I. О мѣрѣ наказанія вообще.

277. Когда наказаніе абсолютно, какъ напр. смертная казнь или изгнаніе (*н.* 251), то остается лишь примѣнить его къ виновному. Но если наказаніе дѣлимо,—если оно имѣетъ *maximum* и *minimum*, то судья долженъ измѣрить наказаніе соотвѣтственно величинѣ причиненнаго зла и степени внутренней вины, не увлекаясь той или другой стороной. Исходною точкою должна служить середина между двумя крайностями наказанія, которая,—по мѣрѣ преобладанія смягчающихъ или отягчающихъ обстоятельствъ,— должна понижаться къ *minimum* или возвышатся къ *maximum*. Чѣмъ больше простора между этими двумя крайностями, тѣмъ болѣе возможно справедливое рѣшеніе, и тѣмъ болѣе оно будетъ опираться на совѣсть судьи. Только посредствомъ такой власти судья въ состояніи принять въ уваженіе безчисленныя и непредвидѣнныя обстоятельства, смягчающія или увеличивающія вину, между которыми можетъ существовать иногда огромный просторъ. При такой свободѣ судьи степенить наказанія, между относительно малымъ *minimum* и большимъ *maximum*, опредѣленіе множества степеней на-

Digitized by Google

казанія—совершенно излишне. Поэтому такихъ подробныхъ степеней мы не находимъ во многихъ новѣйшихъ законодательствахъ. Нѣкоторые кодексы, преимущественно же германскіе (какъ вюртемб. и баден.), исчисляютъ, въ видѣ примѣра, смягчающія обстоятельства. Этихъ обстоятельствъ не указываютъ код. прус., бавар, и ольденбург., такъ какъ это излишне. Законодательства бразил., брауншв. и дѣйствующее, исчисляя эти обстоятельства ограничительнымъ образомъ, стремятся къ невозможному.

278. Въ извѣстныхъ случаяхъ, которые должны быть прямо указаны въ законѣ, можетъ представиться необходимость уменьшить наказаніе ниже *minimum*, или даже смягчить родъ наказанія, и кромѣ того, какъ это существуетъ въ нѣкоторыхъ кодексахъ, усилить его выше *maximum*. Разсматривая внутреннюю сторону преступленія, мы указали уже нѣкоторыя обстоятельства, требующія такого исключительнаго смягченія, каковы: малолѣтство, пособничество или второстепенное участіе въ преступленіи, нѣкоторые случаи фактическаго заблужденія и превышеніе предѣловъ необходимой обороны. Къ числу такихъ обстоятельствъ слѣдуетъ отнести еще такъ называемое *ограниченіе воли* т. е. низшую степень вины, въ которой воля и сознаніе не уничтожены, но въ извѣстной степени ослаблены. Хотя между вмѣняемостію и невмѣняемостію, между свободою воли и ея отсутствіемъ ничего посредствующаго существовать не можетъ (*н.* 89 и 111), ибо эти два противуположныя понятія взаимно исключаютъ другъ друга; но можетъ случиться такое состояніе ума, которое, не уничтожая самоопредѣленія воли и вмѣняемости, однако жъ заслуживаетъ снисхожденія. Многія вліянія, которыя въ высшей степени интензивности уничтожаютъ отвѣтственность, въ низшей степени должны

Digitized by Google

вліять на смягченіе наказанія. Таковы: угрозы, принужденіе афектъ, пьянство и глухонѣмота (срав. *и.* 109). Это не относится къ умственнымъ болѣзнямъ, ибо въ нихъ трудно указать переходный моментъ, въ которомъ имѣетъ мѣсто только нѣкоторое ослабленіе, но не уничтоженіе сознанія. Споръ между нѣмецкими учеными касательно такихъ случаевъ ограниченія воли и ослабленія сознанія, главнымъ образомъ произошелъ отъ употребленія несоотвѣтственнаго термина для названія такого состоянія (*geminderte Zurechnungsfähigkeit, уменьшенная вмѣняемость*). Это повело нѣкоторыхъ, какъ напр. Кестлина (*System*, стр. 155), къ мнѣнію, что, если юристы и лѣкаря говорятъ о такихъ состояніяхъ, то это слѣдуетъ приписать лишь трудности убѣдиться во многихъ случаяхъ, находился ли виновникъ въ состояніи свободной воли или нѣтъ.

279. Согласно существу предмета, нѣкоторые кодексы полагаютъ, что при вышепоказанныхъ состояніяхъ души необходимо смягченіе не только мѣры, но и рода наказанія. Таковы правила браунш. (60), баден. (153), саксон. (96), дармшт. (114) и бавар. (68) кодексовъ. Французскій законъ 28 апрѣля 1832 (art. 463 *C. p.*) обобщилъ систему смягчающихъ обстоятельствъ, дозволяя вообще значительное облегченіе наказанія въ случаѣ ихъ существованія [1]). Такимъ образомъ чрезмѣрная строгость франц. код. отчасти устранена. Нѣкоторыя смягчающія обстоятельства касаются только извѣстныхъ преступленій; таковы: нанесеніе тяжкой обиды винов-

---

[1]) Франц. законодатель далъ бы судьѣ болѣе прочное основаніе, если бы въ видѣ примѣра указалъ на нѣкоторыя изъ такихъ значительно смягчающихъ вину обстоятельствъ.

Digitized by Google

нику (*provocation*) убитымъ или изувѣченнымъ (код. франц. 321, 326; прус. 177, 196; бавар. 229, 235); добровольное вознагражденіе вреда (бавар. 74; Ул. Имп. 1663; Ул. Ц. П. 1171; вюрт. 342, ганов. 299; баден. 395 [1]); родство между потерпѣшимъ и совершившимъ кражу или присвоившимъ ввѣренную ему собственность (сакс. 302, вюрт. 339, брауншв. 240, австр. 463 [2]).

Два случая требуютъ болѣе подробнаго разбора по поводу ихъ вліянія на мѣру наказанія: — повтореніе и совокупность преступленій, о которыхъ кодексы полагаютъ отдѣльныя правила.

II. Повтореніе преступленій.

280. *Опредѣленіе и виды его.* Повтореніе преступленій (*récidive, Rückfall*), въ обширномъ смыслѣ, означаетъ совершеніе новаго преступленія лицомъ, уже осужденнымъ за

---

[1]) Код. австр. (187) въ этомъ случаѣ признаетъ безнаказанность всякаго рода кражи и присвоенія ввѣренной собственности. Саксон. (296—8) и брауншв. (243) тѣмъ отличаются отъ австр., что въ важнѣйшихъ преступленіяхъ противъ собственности только смягчаютъ наказаніе. Эта посредствующая система рѣшаетъ вопросъ самымъ удачнымъ образомъ.

[2]) Безнаказанность, какъ во франц. (380) и прус. (228) кодексахъ, или же примѣненіе обыкновеннаго наказанія,—какъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ (Ул. Имп., примѣчаніе къ ст. 1664 и 1675; Ул. Ц. П., примѣчаніе къ ст. 1172 и 1188), въ код. бавар. (290) и баден. (390),—составляютъ равнымъ образомъ ошибочныя крайности. Хотя послѣднія законодательства въ этомъ случаѣ привлекаютъ къ отвѣтственности только по жалобѣ потерпѣвшаго, однако жъ этимъ еще неуважены надлежаще родственныя отношенія.

Digitized by Google

преступленіе. *Повтореніе* въ тѣсномъ смыслѣ или *особенное* имѣетъ мѣсто тогда, когда преступникъ впалъ опять въ такое же или такого же рода, преступленіе. *Повтореніе общее* значитъ, что преступникъ впалъ въ иное или въ другаго рода преступленіе. Законодательства по большей части считаютъ только особенное повтореніе основаніемъ примѣненію наказанія высшей степени или рода. Кодексы франц. (56, 57, 58) италіян. (118) и испанскій [1]) допускаютъ и общее повтореніе. Дѣйствующее законодательство слѣдуетъ той же системѣ; но повтореніе общее считаетъ обстоятельствомъ, усиливающимъ только размѣръ наказанія (Ул. Им. 131; Ул. Ц. П. 138). По мѣрѣ различнаго воззрѣнія наука и законодательство назначаютъ повторенію различный объемъ. Одни кодексы, для вмѣненія повторенія, требуютъ, чтобъ наказаніе за первое преступленіе было отбыто; другіе довольствуются только окончательнымъ приговоромъ. Первая система основана на *предположеніи неисправимости* и превратности преступника; вторая на *необходимости болѣе сильнаго предупрежденія*, такъ какъ наказаніе, угрожающее за первое преступленіе, не могло удержать отъ новыхъ преступленій. Первой системы придерживаются: дѣйствующее законодательство (Ул. Имп. 131; Ул. Ц. П. 138), код. швед. IV, 11) базил., люцерн., ольденб. (55), сакс. (82) и австр. (44). Код. ганов. (111), брауншв. (58). и дармшт. (95) довольствуются отбытіемъ части наказанія. Вторая система принята въ код. франц. (56), и по его образцу въ код. португ. (85), прус. (58), баден. (184), вюртемб. (124, 334) италіян. (118); въ код. норверж. (VI, 21) и кантонахъ Thurgau, Wadt, Freiburg, S. Gallen.

[1]) Испанскій код. (art. 10, n° 17) усиливаетъ наказаніе, если кто уже былъ осужденъ за другое, не менѣе важное или болѣе важное преступленіе. Код. франц. и италіян. обращаютъ вниманіе на то, совершившій преступленіе впалъ ли вновь въ него.

Digitized by Google

281. *Наказуемость повторенія.* Начало усиленія наказанія въ случаѣ повторенія есть остатокъ среднѣвѣковой строгости, упорно сохраняемой законодательствами. Только нѣкоторыя изъ нихъ представляютъ въ этомъ отношеніи извѣстный прогресъ. Баден. (183) и дармшт. (94) кодексы признаютъ повтореніе только въ извѣстнаго рода преступленіяхъ. Баварскій не полагаетъ уже общаго правила о повтореніи, и говоритъ объ немъ только при воровствѣ, разбоѣ, укрывательствѣ *(Hehlerei)*, поврежденіи здоровья и обманѣ (ст. 242, 276, 310, 319). Кодексы австр. (44, 263) и бразил. (15, 16 n° 3) признаютъ повтореніе только обстоятельствомъ увеличивающимъ мѣру наказанія. Въ каждой изъ двухъ выше указанныхъ системъ увеличеніе степени или рода наказанія основано на предположеніи, которое не всегда справедливо, и иногда на дѣлѣ даже ложно. Совершающій новое преступленіе не всегда дѣлаетъ это по поводу своей неисправимости, дурной привычки или пренебреженія закономъ: онъ можетъ дѣйствовать подъ вліяніемъ голода, афекта и пр. На основаніи предположенія нельзя лишать свободы. Въ этомъ случаѣ усиленіе наказанія нарушаетъ начало „*ne bis in idem*:“ ибо излишекъ наказанія, превышающій обыкновенную его мѣру, значитъ вторичное наказаніе перваго преступленія. Усмотрѣнію судьи должно предоставить рѣшеніе: свидѣтельствуетъ ли повтореніе въ данномъ случаѣ объ опасности со стороны преступника, и заслуживаетъ ли онъ по этой причинѣ увеличенія наказанія [1]). Такое увеличеніе должно заключаться всегда въ предѣлахъ наказанія и никогда не пре-

[1]) Проектъ бельгійскій 1862 г. (ст. 68—70), признавая началомъ превышеніе *maximum* въ случаѣ общаго повторенія, представляетъ прогресъ въ томъ отношеніи, что усиленіе наказанія дѣлаетъ зависимымъ отъ усмотрѣнію судьи. Эти правила признаны новымъ бельгійскихъ кодексомъ 1867 г. (ст. 54—56).

Digitized by Google

вышать его *maximum*, если мы не хотимъ наказывать два раза за одно и тоже дѣяніе. Вторая система противурѣчитъ справедливости болѣе первой. Но наиболѣе несправедливо, и на весьма слабомъ предположеніи основано, усиленіе наказанія въ случаѣ общаго повторенія, преимущественно же въ совершенно разнородныхъ преступленіяхъ, нпр. если кто совершилъ кражу, и послѣ въ раздраженіи ранилъ другаго. Здѣсь трудно видѣть неисправимость или пренебреженіе закономъ; необходимость же болѣе строгаго предупрежденія или репресіи не представляется.

283. Изъ законодательствъ, признающихъ только особенное повтореніе, болѣе послѣдовательны тѣ, которыя не требуютъ, чтобъ новое преступленіе было тождественно съ первымъ, но только, чтобъ оно было однородно съ нимъ. Неисправимость или необходимость болѣе строгаго предупрежденія можетъ существовать, не только тогда, когда приговоренный за воровство совершаетъ новую кражу, но и когда онъ совершилъ разбой, обманъ, присвоеніе ввѣренной собственности и проч. Такого начала придерживаются кодексы: бразил. („*delicto da mesma natureza*“ ст. 16, § 3), португ. („*crime o contravenção da mesma natureza*“ ст. 85), австр. („*gleiches Verbrechen*“ ст. 44 *c.*), баден. („*gleichartig*,“ ст. 183, 185). дармш. (94), саксон. (83), ганов. (111, 112), вюртемб. (124), брауншв. (59) и Уставъ 1864 о наказ. налаг. мір. судьями (14). Кодексы дармшт., баден. и брауншв. опредѣляютъ, какія преступленія считаются *однородными* (*gleichartig*). Код. вюртемб. ссылается въ этомъ отношеніи на классификацію въ особенной части. Сакс. код. считаетъ однородными всѣ преступленія, истекающія изъ одного мотива (каковы: корыстолюбіе и половая похоть). Вообще германскіе кодексы не считаютъ однородными умышленныхъ и неумышленныхъ преступле-

Digitized by Google

ній. Дармшт. же (95) и сакс. (83) прямо опредѣляютъ, что повтореніе касается только умышленныхъ преступленій; это вполнѣ справедливо.

283. *Срокъ для вмѣненія повторенія.* Въ обѣихъ системахъ долженъ быть опредѣленъ срокъ, по истеченіи котораго повтореніе не можетъ вліять на наказаніе. Предположеніе, служащее точкою отправленія для обѣихъ системъ, по истеченіи нѣкотораго времени теряетъ свою силу. Этотъ срокъ долженъ быть не болѣе срока давности. Неужели было бы справедливо, еслибъ истеченіе извѣстнаго срока освобождало вполнѣ отъ отвѣтственности за преступленіе, но не освобождало отъ признанія уже наказаннаго преступленія отягчающимъ обстоятельствомъ[1])? Баварскій код. (242), въ случаяхъ поврежденія здоровья, не вмѣняетъ повторенія по истеченіи двухъ лѣтъ со времени отбытія наказанія за первое преступленіе. Код. вюрт. (126) и сакс. (84, 110) полагаютъ здѣсь такой же срокъ, какъ и для обвинительной давности. Код. португ. (85) и прус. (60,46) опредѣляютъ 10-лѣтній срокъ. Уставъ 1864 о наказаніяхъ нал. мір. суд. опредѣляетъ годичный срокъ со времени присужденія къ наказанію за первый проступокъ.

284. Такъ какъ повтореніе не видоизмѣняетъ характера преступленія, то законъ не долженъ въ случаѣ повторенія полагать болѣе строгій родъ наказанія, какъ это ошибочно дѣлаютъ код. франц., португ., бавар., тюринг. и бельг. Код. баден. и прус. дозволяютъ превышать *maximum* наказанія; италіян. же—только усилить мѣру наказанія безъ перемѣны

[1]) Еще болѣе несправедливо освященное во Франціи правило, по которому, не смотря на покрытіе давностію перваго преступленія, все таки повтореніе вмѣняется (см. Raymond de la Gorce, *De la récidive*, Paris 1862, стр. 158).

Digitized by Google

рода его. Код. испан. (125; 10 п° 17, 18; 74 п° 3) заключаетъ въ себѣ правила, отчасти дозволяющія измѣнять родъ наказанія, отчасти противныя этому (сравн. Carrara, *Sulla recidiva*, Lucca, 1862, стр. 21).

III. Совокупность или стеченіе преступленій.

285. *Опредѣленіе и виды совокупности преступленій.* Она случается тогда, когда одно и тоже лицо совершило нѣсколько преступленій до окончательнаго приговора за одно изъ нихъ. Ученые, преимущественно же нѣмецкіе, дѣлятъ стеченіе преступленій на *разнородное* и *однородное*, согласно тому, тождественны ли стекающіяся преступленія (нѣсколько убійствъ) или нѣтъ (воровство, разбой, обиды). Другіе дѣлятъ на *формальное*, *идеальное* или *единодѣйственное* (*concurs monurgeticus*) и *матеріальное*, *реальное* или *многодѣйственное* стеченіе (*c. polyurgeticus*). Послѣднее дѣленіе основано на различіи совершенія нѣсколькихъ преступленій однимъ дѣйствіемъ (*А* однимъ выстрѣломъ ранилъ нѣсколько лицъ; или *Б* поджигаетъ жилое строеніе, которое сгораетъ вмѣстѣ съ людьми), или нѣсколькими дѣйствіями (*А* обокралъ *Б*, убилъ *В*, обманулъ *Г*). Первое изъ этихъ дѣленій не имѣетъ никакого практическаго значенія, ибо не можетъ вліять на мѣру наказанія. И разнородность и однородность преступленій могутъ въ данномъ случаѣ свидѣтельствовать о развратности преступника. Второе дѣяніе на единодѣйственное и многодѣйственное стеченіе несогласно съ существомъ предмета. Преступленіе есть дѣяніе (*н.* 63): гдѣ одно дѣяніе, тамъ одно только преступленіе. Понятіе о многочисленности преступленій зависитъ не отъ многочисленности послѣдствій, а отъ многочисленности дѣяній. Посему единодѣйственное стеченіе преступленій немыслимо. Если кто однимъ дѣяніемъ произвелъ нѣсколько послѣдствій (напр. однимъ блюдомъ въ

Digitized by Google

одно время отравилъ нѣсколько лицъ), то это обстоятельство должно значительно вліять на усиленіе наказанія; но, не смотря на то, не льзя полагать нѣсколько дѣяній тамъ, гдѣ исполнено только одно, гдѣ было одно движеніе, одно дѣйствіе (поставленіе на столъ отравленнаго блюда). Еще ошибочнѣе усматривать стеченіе, когда одно дѣяніе вмѣщаетъ въ себѣ черты различныхъ преступленій (убійство и отцеубійство): здѣсь должно руководиться правиломъ „*species derogat generi.*“ Продолжительные и утонченные споры объ этомъ дѣленіи—для науки совершенно безплодны.

286. ***Вліяніе стеченія на наказаніе.*** Послѣ этихъ вступительныхъ объясненій, обратимся къ главному вопросу: можетъ ли стеченіе преступленій, и на сколько, вліять на мѣру наказанія? Тутъ представляется сразу отвѣтъ: случайное обстоятельство—если кто либо въ одно время подлежитъ наказанію за нѣсколько преступленій,—не должно имѣть никакого вліянія на примѣненіе наказанія, заслуженнаго преступникомъ отдѣльно за каждое преступленіе. Въ такомъ именно смыслѣ разрѣшенъ этотъ вопросъ римскимъ и каноническимъ правомъ, которыя приняли начало *сложенія* или *сопоставленія наказаній*: „*quot delicta, tot poenae.*“ Но такое начало не могло быть безусловно проведено, ибо иногда этому препятствовала физическая невозможность, нпр. когда кто совершилъ нѣсколько преступленій, влекущихъ за собою смертную казнь или когда одно изъ преступленій угрожало смертію или пожизненнымъ заключеніемъ, другія же преступленія—временнымъ лишеніемъ свободы. Съ другой стороны, строгость наказаній, свойственная прежнимъ законодательствамъ, склоняла къ исключеніямъ изъ общаго правила. Отсюда уже въ 17 столѣтіи обнаруживается противуположное начало, т. е. *начало поглощенія* меньшихъ наказаній тягчайшимъ.

Digitized by Google

287. Оба эти начала несправедливы и неумѣстны, какъ всѣ крайности.

Начало поглощенія поощряетъ преступника къ совершенію новыхъ менѣе важныхъ преступленій, такъ какъ они останутся безнаказанными, пока не будетъ взыскано за первое преступленіе. Справедливость требуетъ, чтобъ преступленіе не осталось безнаказаннымъ, преимущественно когда виновникъ кромѣ того совершилъ другія преступленія.

Сложеніе или *сопоставленіе наказаній* дѣлаетъ ихъ болѣе тягостными, нежели тогда, когда они отбываются съ промежутками. Сопоставленіе наказаній можетъ сдѣлаться до того тягостнымъ, что оно будетъ несоотвѣтственно цѣлямъ уголовной политики, что оно превыситъ предѣлы правосудія и измѣнитъ существо наказанія, напр. сложеніе нѣсколькихъ наказаній временнымъ заключеніемъ,—составляющее итогъ 30, 40 или 50 лѣтъ,—есть въ сущности пожизненное заключеніе и сокращеніе жизни. Если для нѣкоторыхъ преступниковъ наказаніе дѣлается со временемъ менѣе тягостнымъ; то это составляетъ исключительное явленіе. Въ стеченіи преступленій вина преступника уменьшается тѣмъ, что безнаказанность даннаго преступленія въ продолженіи извѣстнаго времени побудила его къ совершенію новыхъ злодѣяній. Сложеніе наказаній не можетъ быть съ точностію примѣняемо и по той причинѣ, что въ случаѣ обвиненія одного лица во многихъ преступленіяхъ, менѣе важныя должны быть пропущены для того, чтобъ напрасно не продлить процесса. Согласное тому правило находимъ, не только въ обвинительномъ, но и въ слѣдственномъ (какъ напр. германскомъ) процессѣ.

288. Правда лежитъ между двумя крайностями. Начало сложенія наказаній, *a priori* справедливое, должно быть

Digitized by Google

смягчаемо на столько, на сколько сопоставленіе нѣсколькихъ наказаній увеличиваетъ ихъ *напряженіе*. Иначе говоря, примѣненіе сложенія наказаній должно состоять не въ простомъ ариѳметическомъ сложеніи, но въ опредѣленіи такой величины, которая относительно своей вѣскости отвѣчала бы общему итогу отдѣльныхъ наказаній, еслибъ они были вынесены съ промежутками. Такъ понимаемое начало сложенія наказаній называютъ *юридическимъ сложеніемъ* въ противуположность механическому или ариѳметическому. Но, чтобы это начало могло быть справедливо проведено, должно примѣненіе его предоставить усмотрѣнію судьи, которому можно бы дать только общее указаніе: что онъ вправѣ превысить maximum наказанія, если сумма отдѣльныхъ наказаній больше этого maximum. Однако жъ это было бы сопряжено съ затрудненіями, вытекающими изъ необходимости замѣнить менѣе строгія наказанія тягчайшимъ по указанному законодателемъ тарифу. При настоящемъ стремленіи законодательствъ дать усмотрѣнію судьи болѣе простора посредствомъ опредѣленія малаго *minimum* и относительно большаго *maximum*, требованіямъ справедливости и политики всего болѣе могло бы удовлетворить такъ называемое *посредствующее начало*, состоящее въ поглощеніи легчайшихъ наказаній тягчайшимъ, съ возможностію усилить послѣднее до maximum. Это начало отличается сверхъ того своею несложностію и удобопримѣнимостію. Доходя до такого разрѣшенія вопроса, мы вмѣстѣ съ тѣмъ убѣждаемся въ томъ, что стеченіе—ни отягчающее, ни смягчающее обстоятельство.

289. Изъ всѣхъ кодексовъ самое простое правило указываетъ французскій (*Instr. crim.* 365) и по его образцу бавар. (84), которые согласно началу поглощенія опредѣляютъ, что въ случаѣ стеченія преступленій и проступковъ,

Digitized by Google

только тягчайшее наказаніе должно быть примѣняемо [1]). Того же правила придерживается австрійское право (34, 267); но требуетъ, чтобы притомъ обращать вниманіе на другія преступленія. Это законодательство приближалось бы къ посредствующему началу, если бы полагало больше промежутка между minimum и maximum въ отдѣльныхъ преступленіяхъ. Наиболѣе подходитъ къ этому началу португ. код. (87) и Уставъ о нак. нал. мір. суд. (ст. 16). Испанскій (76) и браз. (61) кодексы слѣдуютъ началу сложенія, опредѣляя притомъ, что исполненіе наказаній должно начинаться съ самаго строгаго. Прусское, брауншв., ганов., дармшт. и шведское законодательства видоизмѣняютъ это правило, опредѣляя для временнаго заключенія maximum, которое при сложеніи наказанія не можетъ быть превышено. Притомъ прусское дозволяетъ уменьшить такое сложенное наказаніе до maximum тягчайшаго. Такимъ образомъ эти законодательства приближаются къ началу юридическаго сложенія, признанному кодексами: сакс. (78), баденс. (170 и слѣд.) и вюрт. (115 и слѣд.). Послѣдній и гановерскій кодексы въ нѣкоторыхъ случаяхъ дозволяютъ перейти къ наказанію высшаго рода. Кодексъ бельг. (58 и слѣд., 62) и италіян. (106 и слѣд.) отчасти примѣняютъ начало поглощенія. Дѣйствующее зако-

---

[1]) Французскій кассаціонный судъ дѣлаетъ здѣсь исключеніе для однородныхъ наказаній, допуская сложеніе не превышающее maximum тягчайшаго наказанія. Но, такъ какъ опредѣленіе наказанія въ предѣлахъ maximum и minimum предоставлено судьѣ, то такое толкованіе можетъ быть примѣняемо и къ другимъ случаямъ (срав. Hocheder, в. п. с., стр. 416). Однако жъ слово *только* возбуждаетъ сомнѣніе, можно ли считать менѣе важныя преступленія обстоятельствами увеличивающими вину. Villargues (*Cod. crim.*, ст. 365, n° 25) и Chauveau et Hélie (*Théorie*, n° 395) порицаютъ толкованіе кассаціоннаго суда.

Digitized by Google

нодательство (Улож. Имп. 1845, ст. 165; Улож. Цар. Польс. ст. 157) полагаетъ правило, по которому, вѣроятно вслѣдствіи ошибочной редакціи, по мѣрѣ обстоятельствъ придется наложить наказаніе, или ниже или выше суммы наказаній, слѣдующихъ за каждое преступленіе отдѣльно. Въ ст. 152 Уложенія для Имперіи изд. 1866 проведены казуистически два начала, прежнее правило (ст. 165 изд. 1845) и начало поглощенія, по мѣрѣ того какъ стекающіяся наказанія равносильны или же они неодинаковой важности.

290. Какого бы мы ни придерживались начала, за исключеніемъ механическаго сопоставленія наказаній, всегда можетъ представиться сомнѣніе въ томъ, какое наказаніе самое тяжкое. Въ наказаніяхъ разнородныхъ, не смотря на ихъ продолжительность, самое тяжкое то, съ которымъ сопряжены болѣе строгія послѣдствія; въ однородныхъ же то, котораго maximum самый бо́льшой, не смотря на величину minimum.

291. Что касается *послѣдствій* наказанія, то должно обратить вниманіе на то, что, соглашаясь на *посредствующее начало* (*н.* 288), нельзя однако жъ требовать безусловнаго его примѣненія до того, чтобъ отбрасывать послѣдствія менѣе важныхъ наказаній, поглощаемыхъ тягчайшимъ. Послѣдствія наказаній обыкновенно установляются въ виду общественнаго блага. Было бы удивительно, еслибъ кто не былъ: удаленъ отъ должности, или лишенъ права заниматься ремесломъ, отданъ подъ полицейскій надзоръ или высланъ изъ извѣстной мѣстности,—все это потому только, что виновникъ совершилъ другое болѣе важное преступленіе. Такое ошибочное воззрѣніе предотвращено прямымъ правиломъ итал. (116) и бавар. (84) код.

Digitized by Google

292. *Объемъ понятія совокупности преступленій.* Совокупность преступленій не должна быть принимаема въ слишко тѣсномъ смыслѣ; преимущественно же не должно ставить ее въ зависимость отъ одновременнаго обсужденія всѣхъ преступленій однимъ приговоромъ, чего ошибочно требуютъ нѣкоторыя нѣмецкія законодательства, какъ брауншвейг. и гановер.: ибо въ противномъ случаѣ за каждое преступленіе слѣдовало бы опредѣлять отдѣльное взысканіе. Необходимость справедливаго наложенія наказанія за всѣ преступленія не можетъ зависѣть отъ случайныхъ процессуальныхъ обстоятельствъ. Осужденъ ли кто за всѣ преступленія однимъ приговоромъ или приговорами разныхъ судовъ той же или различной инстанціи, одровременно или разновременно, все таки правило о наказаніи стеченія преступленій должно быть примѣнено, — лишь бы, въ случаѣ окончательнаго приговора по одному изъ преступленій, время совершенія другихъ предшествовало дню произнесенія этого приговора. Таково правило италіянскаго (117) и вюрт. (115) код. Совершеніе новаго преступленія, послѣ произнесенія окончательнаго приговора за другое преступленіе, есть фактъ, лежащій внѣ предѣловъ понятія стеченія. Здѣсь съ одной стороны представляется преступное дѣяніе, съ другой соотвѣтственное ему наказаніе. По законодательствамъ, — нетребующимъ для вмѣненія повторенія, чтобъ наказаніе за первое преступленіе было отбыто, — здѣсь имѣетъ мѣсто не стеченіе, а повтореніе. Такимъ образомъ послѣдовательность нашего воззрѣнія требуетъ примѣненія правила о стеченіи преступленій даже и въ томъ случаѣ, когда преступникъ несетъ уже опредѣленное окончательнымъ приговоромъ наказаніе, другія же его преступленія, содѣянныя до этого приговора, находятся еще въ инстанціяхъ или въ слѣдствіи. То же самое касается случая, когда нѣсколько отдѣльныхъ оконча-

Digitized by Google

тельныхъ приговоровъ должны одновременно быть исполнены надъ преступникомъ и когда время совершенія другихъ преступленій опереживаетъ число окончательнаго приговора за одно (срав. код. баден. 165, вюрт. 115; швед. IV, 8). Въ этихъ двухъ случаяхъ имѣетъ мѣсто такъ называемое *стеченіе наказаній* (*concursus poenarum*). Въ первомъ случаѣ по мѣрѣ обстоятельствъ слѣдуетъ, или назначить прибавочное наказаніе того же рода, или же опредѣлить новое, принимая во вниманіе, на сколько это возможно, отбытую часть наказанія. Во второмъ случаѣ должно отмѣнить всѣ приговоры и опредѣлить одно наказаніе.

293. *Стеченіе денежныхъ взысканій съ другими наказаніями.* Причины, требующія измѣненія наказанія, не существуютъ, если пеня стекается съ другими наказаніями; поэтому пеня должна быть отдѣльно примѣняема (вюрт. 121, баден. 176, бавар. 84, португ. 87). Но въ случаѣ стеченія однихъ денежныхъ взысканій, сумма ихъ могла бы измѣнить ихъ характеръ и превратить ихъ въ конфискацію. Поэтому нѣкоторые кодексы (напр. бавар. 84) опредѣляютъ *легальное maximum*, котораго денежное взысканіе въ этомъ случаѣ никогда превышать не можетъ.

294. Французское законодательство, (*Inst. crim.*, 379) согласно принятому имъ правилу поглощенія, полагаетъ, что въ случаѣ обнаруженія новаго преступленія во время преній, слѣдствіе производится только въ томъ случаѣ, когда новое дѣяніе угрожаетъ болѣе строгимъ наказаніемъ. То же самое опредѣляетъ бавар. код. (85), если новое преступленіе обнаружено до окончательнаго приговора по прежнему обвиненію.

Digitized by Google

IV. Преступленіе продолжаемое.

295. Для яснаго понятія стеченія преступленій, слѣдуетъ не только отличить его отъ единичнаго преступленія, но еще указать значеніе продолжаемаго преступленія и отношеніе его къ этимъ двумъ понятіямъ. Продолжаемое преступленіе имѣетъ мѣсто тогда, когда нѣсколько дѣяній, имѣющихъ каждое характеръ самостоятельнаго преступленія, находятся между собою въ такой тѣсной связи, такъ что они представляются какъ бы осуществленіемъ одного намѣренія, какъ бы однимъ преступленіемъ. Этотъ вопросъ представлялъ почти до сего времени предметъ утонченныхъ споровъ между германскими учеными. Продолжаемое преступленіе можетъ слагаться изъ дѣяній разнородныхъ или однородныхъ. Оно слагается изъ дѣяній разнородныхъ, когда одно дѣяніе служитъ *средствомъ* для другаго, какъ напр. въ *сложныхъ преступленіяхъ* (*н.* 186; причиняю увѣчье для того, чтобъ ограбить; бью для того, чтобъ изнасиловать; составляю подложный документъ для того, чтобъ обмануть) или, когда оно—*послѣдствіе* другаго преступленія (продажа или залогъ украденной вещи; мздоимство и совершеніе вслѣдствіи того злоупотребленія по службѣ). Но самый важный и многочисленный видъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ главный типъ продолжаемаго преступленія, представляетъ *рядъ однородныхъ дѣяній*, осуществляющихъ одно намѣреніе, одну безпрестанно возобновляющуюся рѣшимость, напр. отравленіе многими малыми пріемами.

296. Доказательство продолжаемости должно истекать изъ обстоятельствъ дѣянія и опираться на объективное, а не на субъективное основаніе: ибо въ противномъ случаѣ преступникъ могъ бы утверждать, что онъ однимъ намѣреніемъ

Digitized by Google

обнялъ нѣсколько убійствъ или кражей въ одно дѣяніе. Съ другой стороны, если намѣреніе отчасти осуществлено и оставлено, и по истеченіи извѣстнаго времени опять возобновлено, въ такомъ случаѣ нѣтъ продолжаемости намѣренія и дѣянія, но два отдѣльныя дѣянія. Если дѣяніе состоитъ изъ нѣсколькихъ дѣйствій, безпрерывно слѣдующихъ другъ за другомъ (нѣсколько ударовъ топоромъ нанесенныхъ убійцею; поджогъ строенія въ нѣсколькихъ мѣстахъ), то тогда нѣтъ продолжаемаго, а единичное преступленіе.

297. Занятіе извѣстнымъ преступленіемъ по *привычкѣ* (праздношатаніе) или по *ремеслу* (лихва, постоянное недозволенное леченіе, пристанодержательство), хотя по существу своему и несоставляютъ продолжаемыхъ преступленій, однако жъ считаются таковыми, когда законъ полагаетъ учащательность условіемъ состава этихъ преступленій. Въ этихъ преступленіяхъ произнесеніе приговора составляетъ предѣлъ, внѣ котораго новыя дѣянія образуютъ уже новую групу продолжаемаго преступленія. Если бы кто за употребленіе фальшивыхъ мѣръ и вѣсовъ былъ приговоренъ хотя и неокончательнымъ рѣшеніемъ; то слѣдующія за тѣмъ новыя правонарушенія составили бы новое стекающееся съ предъидущимъ преступленіе. Если бы же это рѣшеніе было окончательно, то за новыя, совершенныя послѣ него правонарушенія, должно бы взыскивать отдѣльно. Въ противномъ случаѣ, если бы не полагать такихъ предѣловъ для продолжаемаго преступленія, то осужденіе за одно такое преступленіе было бы будьто уполномоченіемъ къ безнаказанному совершенію его въ будущемъ (срав. Будзинскій, *О силѣ судеб. рѣшеній*, Ст.-Петерб., 1861, стр. 60).

Digitized by Google

298. Въ случаѣ принятія *посредствующаго начала* для опредѣленія наказанія при стеченіи преступленій (*н.* 288), теорія продолжаемаго преступленія, принятая въ германскихъ кодексахъ (вюрт. 122, брауншв. 56, гановер. 106, дармшт. 111, баден. 181) потеряла бы практическое значеніе.

Digitized by Google

ГЛАВА IV.

Обстоятельства погашающія наказаніе.

I. Смерть преступника.

299. Если преступникъ умеръ во время судопроизводства, то дальнѣйшая дѣятельность суда должна прекратиться. Но насъ занимаетъ случай, когда осужденный умретъ до исполненія окончательнаго приговора. Въ такомъ случаѣ исполненіе наказанія, касающагося жизни, здравія, свободы и чести,—невозможно. Другое дѣло съ денежною пенею. Въ ту минуту, когда состоялось окончательны рѣшеніе, пеня превращается въ долгъ; въ эту уже минуту еще при жизни преступника на столько уменьшилось его имущество. Наслѣдники должны получить наслѣдство за вычетомъ этого долга.

II. Давность.

300. *Опредѣленіе и виды ея.* Со временемъ изглаживается память ненаказаннаго еще преступленія. Когда эта па-

Digitized by Google

мять исчезаетъ, то нельзя уже говорить объ охраненіи или возстановленіи нарушеннаго правоваго порядка. Въ такомъ случаѣ и примѣненіе наказанія было безполезно и неумѣстно: ибо общество нисколько незаинтересовано въ наказаніи. Напротивъ того позднее правосудіе, вмѣсто благотворнаго вліянія на общество, произвело бы противуположное впечатлѣніе. Съ исчезновеніемъ памяти о преступленіи, исчезаютъ и доказательства вины и невинности. Безопасность гражданъ была бы нарушена, если бы можно было вникать въ отдаленную прошедшую жизнь и обвинять въ преступленіяхъ, совершенныхъ 20, 30 или 40 лѣтъ тому назадъ. Отсюда *обвинительная давность* въ преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ оффиціально, и *исковая* въ преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ по жалобѣ обиженнаго (*н.* 313). Постепенное съ теченіемъ времени ослабленіе памяти о преступленіи и интереса общества въ наказаніи оправдываютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и *наказательную* давность, устраняющую исполненіе окончательнаго приговора. Если же рѣшеніе неокончательно, то оно подлежитъ правиламъ обвинительной давности.

301. Изъ всѣхъ основаніи уголовной давности, самое важное то, что со временемъ общество теряетъ интересъ въ наказаніи, которое слѣдовательно дѣлается совершенно безполезнымъ, и даже, какъ говоритъ Schwartze (*Bemerk. zur Lehre v. Verjährung*, Erlang., 1867, § 4), противурѣчитъ юридическому сознанію народа. Такимъ образомъ по нашей основной теоріи, уголовная политика или общественная польза должны здѣсь взять перевѣсъ надъ абстрактною справедливостію (*н.* 41). Предъ лицомъ отвлеченной теоріи правосудія давность не могла бы быть оправдана. Обстоятельство же, что преступникъ тревожился въ продолженіи долгаго времени опасеніемъ наказанія, не могло бы здѣсь служить

Digitized by Google

достаточнымъ основаніемъ безнаказанности [1]). Наказательная давность случается рѣже чѣмъ обвинительная, и касается обыкновенно менѣе важныхъ преступленій, такъ какъ преступникъ, въ болѣе важныхъ, если онъ не спасся бѣгствомъ, содержится во время слѣдствія подъ стражею и не можетъ избѣгнуть наказанія. Обвинительная давность почти общепринята законодательствами. Наказательная же, по образцу французскаго судопроизводства, усвоена кодексами: кантоновъ Waadt 1843 г., Solothurn 1855 г. и Schaffhausen 1859 г., италіянскимъ, вюртимбергскимъ, баварскимъ, саксонскимъ, баденскимъ, брауншвейгскимъ. Кодексы фрибургскій 1849 года (300) и шведскій (V, 14) допускаютъ наказательную давность только въ менѣе важныхъ преступленіяхъ. Кодексъ испан. (126) отвергаетъ обвинительную давность (срав. Laget-Valdeson, в. п. с., стр. 268); бразил. же вовсе ея не допускаетъ.

302. *Условія давности.* Такъ какъ давность есть учрежденіе общественнаго порядка, то никакія другія условія, кромѣ истеченія извѣстнаго времени, соотвѣтственнаго важности преступленія, а именно условія по отношенію къ личности преступника (субъективныя), не должны быть тре-

---

[1]) Temme (*Lehrb. des preus. Str. Rechts*, стр. 533) старается оправдать давность съ точки зрѣнія справедливости такимъ образомъ: гдѣ нѣтъ правонарушенія, тамъ нельзя говорить о наказаніи, о возстановленіи нарушеннаго правоваго порядка. Гдѣ память о преступленіи исчезла, тамъ оно уже не существуетъ, и тамъ вмѣстѣ съ тѣмъ нѣтъ нарушенія порядка, который требуетъ возстановленія его посредствомъ наказанія.

Digitized by Google

буемы. Поэтому нельзя одобрять правила испанскаго кодекса (127), по которому для пользованія давностію необходимо, чтобъ преступникъ не совершилъ новаго злодѣянія и не бѣжалъ изъ предѣловъ государства. Такое же правило австрійскаго кодекса (229), который кромѣ того требуетъ, чтобъ причиненный вредъ былъ вознагражденъ. Послѣднее условіе полагается и въ португальскомъ кодексѣ (125). Сроки давности соразмѣряются съ величиною наказанія; тамъ же, гдѣ принято дѣленіе на преступленія, проступки и полицейскія нарушенія, — съ однимъ изъ этихъ трехъ видовъ противозаконнаго дѣянія. Совершенно справедливо кодексы прусскій (50) и баварскій (88) полагаютъ значительно меньшій (3-мѣсячный) срокъ для исковой, чѣмъ для обвинительной давностй. Преступленія исковыя, т. е. преслѣдуемыя по жалобѣ частнаго лица (*и.* 313), менѣе интересуютъ общество; притомъ обиженный можетъ предупредить срокъ давности скорѣе нежели органы правосудія, преслѣдующіе преступленія оффиціально. Срокъ наказательной давности долженъ быть долѣе противъ срока обвинительной, такъ какъ въ первомъ случаѣ слѣды и доказательства преступленія существуютъ, память преступленія изглаживается медленнѣе и интересъ общества въ наказаніи не такъ скоро исчезаетъ. Согласныя тому правила находимъ во французскомъ судопроизводствѣ (635 и слѣд.), въ кодексахъ: баденскомъ (194), италіянскомъ (137 и слѣд.), баварскомъ (93, 97), вюртембергскомъ (131) и брауншвейгскомъ (71). Но два первые слишкомъ увеличиваютъ срокъ наказательной давности, опредѣляя его вдвое противъ срока обвинительной. Противоположную крайность встрѣчаемъ въ кодексахъ: саксонскомъ (115) и тюрингскомъ (71), которые уравниваютъ объ срока.

Digitized by Google

303. *Исключенія.* Наказательная давность не должна простираться на денежную пеню, ибо она можетъ быть взыскана съ имѣнія преступника въ его отсутствіе. То же самое должно сказать о наказаніяхъ или послѣдствіяхъ наказаній, собственно нетребующихъ исполненія, каковы лишеніе или ограниченіе правоспособности: ибо наказательная давность есть собственно давность исполненія. Согласныя тому правила находимъ въ кодексахъ: баварскомъ (99), баденскомъ (195) и италіянскомъ (137, 138).

Французское законодательство *(Instr. crim.*, 635), для безопасности обиженнаго, въ случаѣ примѣненія наказательной давности къ преступленію *(crime)*, воспрещаетъ осужденному пребывать въ томъ департаментѣ, гдѣ живетъ обиженный или его наслѣдники въ прямой линіи.

304. *Теченіе давности* въ преступныхъ содѣяніяхъ считается со дня ихъ совершенія; въ упущеніяхъ же—со дня, въ которомъ требуемое закономъ дѣяніе должно быть совершено. Въ этомъ случаѣ не всегда можно точно опредѣлить число, напр. въ недонесеніи о совершенномъ преступленіи, въ неувѣдомленіи начальства о появленіи повальной болѣзни скота. Слѣдовательно здѣсь, чтобъ не рѣшать во вредъ преступнику, слѣдуетъ принять приблизительно самое раннее число, въ которомъ можно было удовлетворить закону. Въ продолжаемыхъ преступленіяхъ теченіе давности начинается съ минуты, въ которую они прекращены, т. е. въ которую совершено послѣднее изъ дѣйствій, составляющихъ преступленіе (португ. код., ст. 123, § 2). Въ прелюбодѣяніи теченіе давности начинается со дня послѣдняго половаго совокупленія; въ преступленіяхъ, совершаемыхъ по ремеслу или привычкѣ (лихва, незаконное леченіе),—со дня послѣдняго дѣйствія этого рода; въ неочисткѣ дымо-

Digitized by Google

выхъ трубъ—со дня, въ который эта обязанность послѣдній разъ не была исполнена. Давность до тѣхъ поръ не начинаетъ истекать, пока совершается продолжаемое преступленіе. Одни кодексы считаютъ срокъ наказательной давности со дня объявленія рѣшенія (вюртем., брауншв.), другіе со дня восшествія его въ законную силу (саксон., бавар.). Этотъ срокъ оканчивается съ началомъ послѣдняго дня.

305. *Перерывъ и пріостановленіе давности.* Теченіе давности прерывается всякимъ дѣйствіемъ судебной власти, направленнымъ противъ преступника. Вслѣдствіе перерыва, все время, истекшее до наступленія его, потеряно для давности. Но съ окончаніемъ перерыва вновь начинается ея теченіе. Теченіе наказательной давности прерывается дѣятельностію суда, устремленною къ исполненію приговора, преимущественно же задержаніемъ преступника. Подъ вліяніемъ прежняго ошибочнаго воззрѣнія, считавшаго исправленіе преступника условіемъ давности, нѣкоторые кодексы къ причинамъ прерванія относятъ совершеніе новаго преступленія (вюртем. 132, бавар. 98., баден. 197). Саксонскій кодексъ (115) полагаетъ особенное правило, почти уничтожающее давность, а именно: если осужденный бѣжитъ, то давность прерывается, пока онъ не явится въ судъ. Но бѣгство составляетъ обыкновенную причину образованія давности. Къ этому правилу саксонскаго кодекса приближается § 47 прус. кодекса (Oppenhof, *Straf. G. B.*, § 47, n° 8). Давность не можетъ быть прерываема до безконечности. Не смотря на перерывы, давность должна быть признана, если истекло довольно значительное время, напр. въ двое болѣе требуемаго для давности, какъ это предлагаетъ Бернеръ (*Lehrbuch*, § 145). Это замѣчаніе говоритъ

Digitized by Google

въ пользу пріостановленія давности, котораго требуетъ, французская доктрина, какъ напр. Hoorebeke (*Prescription*, Brux., 1847, гл. 4), и Cousturier (*Prescription*, Paris 1849, глава 14). По ея взгляду дѣйствія суда должны только пріостановлять дальнѣйшее теченіе давности на время ихъ продолженія; и такимъ образомъ давность должна образоваться изъ суммы отрывочныхъ сроковъ, въ продолженіи которыхъ судъ недѣйствовалъ. Такому началу слѣдуетъ, по свидѣтельству Гирцеля (*Ueber Verjährung*, Zürich, 1860, стр. 59), ватляндская практика. Это начало можетъ быть примѣняемо преимущественно въ отношеніи наказательной давности. Баварскій кодексъ (218) признаетъ пріостановленіе давности въ отношеніи прелюбодѣянія, такимъ образомъ, что теченіе давности пріостанавливается на время процеса о разлученіи или разводѣ (опредѣленіе которыхъ составляетъ предрѣшающій вопросъ для уголовнаго иска).

306. *Отказъ преступника отъ давности.* Давность, какъ учрежденная для общественнаго порядка, а не для преступника, должна быть примѣняема оффиціально. Поэтому обвиняемый не можетъ отказываться отъ давности и требовать произведенія слѣдствія для того, чтобъ доказать свою невинность. Удовлетвореніе такому требованію было бы неумѣстно и въ томъ отношеніи, что могло бы повести къ доказыванію виновности и нарушенію спокойствія другихъ лицъ, между тѣмъ, какъ давность должна ихъ ограждать отъ этого.

III. Помилованіе.

307. *Опредѣленіе и виды его.* Не смотря на общепризнанное начало независимости судовъ, представителю ис-

Digitized by Google

полнительной власти служитъ право помилованія, т. е. отпущенія всего наказанія или части его.

Виды помилованія могутъ быть слѣдующіе:

1) *Помилованіе въ тѣсномъ смыслѣ*, т. е. отпущеніе цѣлаго наказанія (*agratiatio*) или части его (*mitigatio poenae ex capite gratiae*).

2) *Аболиція*, недозволеніе судебнаго слѣдствія или прекращеніе уже начатаго.

3) *Реституція*, т. е. возстановленіе преступника во всѣ права, отнятыя у него приговоромъ. Она можетъ имѣть мѣсто до исполненія наказанія, во время или послѣ исполненія его.

4) Всѣ эти три вида обнимаетъ *амнистія* (всепрощеніе), т. е. помилованіе цѣлой категоріи преступниковъ, что̀ преимущественно имѣетъ мѣсто въ государственныхъ преступленіяхъ.

308. *Основаніе помилованія.* Право помилованія сдѣлалось во второй половинѣ XVIII вѣка предметомъ изслѣдованій съ философской и политико-уголовной точки зрѣнія. Полагали, что это право несовмѣстимо съ надлежащимъ устройствомъ уголовнаго правосудія. Это возраженіе казалось основательнымъ тѣмъ, которые принимали въ уваженіе историческое начало помилованія и понимали его какъ дѣйствіе произвола, противное правосудію. Преимущественно заслуживаютъ вниманія возраженія Канта, Беккарія, Филянджири и Бэнтама. Новѣйшая наука успѣла разрѣшить мнимое противорѣчіе между правосудіемъ и помилованіемъ. Въ самомъ дѣлѣ помилованіе имѣетъ юридическое, нравственное и политико-уголовное основаніе.

309. 1) *Юридическое основаніе.* Помилованіе истекаетъ изъ того же начала, что и наказаніе: и то и другое стре-

Digitized by Google

мится къ осуществленію идеи справедливости. Это осуществленіе не можетъ вполнѣ наступить во многихъ случаяхъ посредствомъ напередъ опредѣленнаго наказанія. Законъ не можетъ предвидѣть и принять въ уваженіе множества разнородныхъ обстоятельствъ. Иногда общее правило не соотвѣтствуетъ данному случаю; между тѣмъ судья принужденъ примѣнить это правило, хотя законодатель иначе выразилъ бы его, еслибъ могъ предвидѣть обстоятельства даннаго случая. Такое зло можетъ быть устранено въ отношеніи будущихъ случаевъ посредствомъ законодательной реформы. Устраненіе же несоотвѣтственности между наказаніемъ, опредѣленнымъ закономъ, и степенью вины въ данномъ случаѣ составляетъ задачу помилованія. Отсюда, для осуществленія такого устраненія, слѣдовало бы смягчать слишкомъ строгое и вмѣстѣ съ тѣмъ усиливать слишкомъ мягкое наказаніе. Но гдѣ ручательство, что такое усиленіе наказанія было бы болѣе согласно съ правосудіемъ нежели наказаніе, опредѣленное судьею? Гражданинъ имѣетъ право надѣяться, что онъ за противозаконное дѣяніе не подвергнется болѣе строгому противъ опредѣленнаго закономъ наказанію. Притомъ болѣе вредны для правосудія и для общества слишкомъ строгія, нежели слишкомъ мягкія наказанія.

310. 2) *Нравственное основаніе.* Задача судьи состоитъ въ опредѣленіи значенія преступленія только въ юридическомъ отношеніи. Однако жъ государство и его представитель стремятся къ осуществленію, не только правосудія, но и другихъ этическихъ цѣлей. Смотря на свою задачу съ высшей точки зрѣнія, они должны обращать вниманіе на нравственное и психическое состояніе виновника въ минуту совер-

Digitized by Google

шенія дѣянія, на его родственныя отношенія, его дотолѣ безукорызненную жизнь, его заслуги, и проч.

311. 3) *Политико-уголовное основаніе.* Такъ какъ окончательная цѣль государства—достиженіе общественнаго блага; то наказаніе не должно быть примѣняемо тамъ, гдѣ оно не удовлетворяетъ этой цѣли. Судебное разысканіе даннаго преступленія могло бы вредно вліять на расположеніе общества, нарушить спокойствіе многихъ семействъ, возбудить общій соблазнъ. Иногда нужно обѣщать безнаказанность преступнику за обнаруженіе весьма опаснаго для общества предпріятія. Если бы не было помилованія, то судья изъ человѣколюбія часто отступалъ бы отъ предписаній закона; и проч.

312. *Предѣлы помилованія.* По изложеннымъ началамъ помилованія, оно не должно быть опредѣлено точными правилами; напротивъ того оно по существу своему неограниченно. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно не должн опростираться на легчайшія наказанія, къ которымъ указанныя выше основанія не относятся. Во всякомъ случаѣ помилованіе должно быть разсматриваемо какъ основательное исключеніе. По мнѣнію нѣкоторыхъ, помилованіе въ видѣ отпущенія вины (*abolitio*) не должно имѣть мѣста: ибо оно ослабляетъ довѣріе къ правосудію, и лишаетъ обвиняемаго возможности оправдаться. Такое мнѣніе раздѣляютъ нѣкоторыя законодательства, ограничивая помилованіе смягченіемъ или отпущеніемъ наказанія (конст. бельг. и баден.), или же прямо запрещая аболицію (баварс. конст.). Но, кто можетъ отпустить наказаніе, тотъ вмѣстѣ съ тѣмъ можетъ освободить отъ напраснаго производства слѣдствія. Правосудіе никогда не пострадаетъ, если только помилованіемъ не будетъ

Digitized by Google

руководить произволъ. Что же касается невозможности обвиняемаго оправдаться, это—обстоятельство второстепенное. Притомъ не можетъ подлежать упреку тотъ, кто не былъ приговоренъ и чувствуетъ себя невиннымъ; общественное же мнѣніе рѣдко порицаетъ безъ основанія. Такъ какъ помилованіе основано на высшихъ соображеніяхъ правосудія, нравственности и политики, то не льзя его отвергать. Поэтому и въ преступленіяхъ исковыхъ или преслѣдуемыхъ по жалобѣ обиженнаго, даже и въ оскорбленіяхъ чести, не должно пресѣкать пути помилованія; только здѣсь слѣдуетъ примѣнять его съ бо́льшею осмотрительностію, и, на сколько это возможно, ограничиваться лишь смягченіемъ наказанія. Но въ этомъ случаѣ аболиція была бы неумѣстна: никто безъ отказа ему въ защитѣ закона не можетъ быть лишаемъ возможности требовать возстановленія судебнымъ рѣшеніемъ его чести, огражденной закономъ. Однако жъ обиженный долженъ усматривать удовлетвореніе въ самомъ произнесеніи приговора, присуждающаго къ наказанію, а не въ его исполненіи.

IV. Примиреніе съ обиженнымъ.

313. *Преступленія исковыя.* Въ законодательствахъ признано началомъ, что нѣкоторыя преступленія преслѣдуются только въ случаѣ подачи жалобы обиженнымъ; поэтому они называются *исковыми*. Это основано на различныхъ соображеніяхъ. Въ преступленіяхъ государственныхъ, международныя отношенія не дозволяютъ преслѣдовать оффиціально нѣкоторыя преступленія, напр. нанесеніе обиды иностранному посланнику. Въ преступленіяхъ противъ частныхъ лицъ, зависимости преслѣдованія отъ приne-

Digitized by Google

сенія жалобы обиженнымъ требуютъ: незначительность правонарушенія (напр. маловажное поврежденіе здоровья); близость уголовной неправды къ гражданской (напр. умышленное поврежденіе чужой движимой собственности); семейныя отношенія между преступникомъ и потерпѣвшимъ (воровство и обманъ между близкими родственниками, прелюбодѣяніе); наконецъ опасеніе, чтобъ оффиціяльное вмѣшательство суда не усилило еще причиненнаго преступленіемъ зла огласкою его, и чтобъ такимъ образомъ предполагаемая отъ наказанія польза не сдѣлалась тягостною для обиженнаго (напр. въ изнасилованіи, обольщеніи, оскорбленіи чести). Однимъ словомъ исковой характеръ дѣянія истекаетъ здѣсь изъ связи между общественнымъ и частнымъ интересомъ, и изъ необходимости не нарушать напрасно спокойствіе семействъ. Такимъ образомъ уголовная политика требуетъ постепеннаго разширенія исковыхъ преступленій, направленныхъ на личныя или имущественныя права, такъ чтобъ оффиціальное возбужденіе слѣдствія имѣло мѣсто только тамъ, гдѣ этого требуетъ необходимо общественное благо. Въ этомъ отношеніи законодательства представляютъ двѣ системы. Германскіе кодексы (за исключеніемъ прус. и ольденб.), и по образцу ихъ дѣйствующее законодательство, довольно обширно опредѣляютъ объемъ исковыхъ преступленій. Французскій кодексъ и слѣдующіе ему прус., ольденб., италіян. и другіе начатіе слѣдствія ставятъ въ зависимость отъ воли частнаго лица лишь въ нѣсколькихъ случаяхъ, напр. кодексъ французскій, изъ всѣхъ преступленій противъ правъ частныхъ лицъ, только въ похищеніи малолѣтней и въ прелюбодѣяніи; прусскій, кромѣ того, и въ кражѣ между родственниками; италіянскій — въ прелюбодѣяніи и въ обидахъ.

Digitized by Google

314. *Примиреніе.* Изъ права почина, предоставленнаго обиженному, слѣдуетъ, что, въ случаѣ подачи жалобы, можно отказаться отъ нея и даже требовать освобожденія преступника отъ опредѣленнаго приговоромъ наказанія или отъ невытерпенной еще его части. Поэтому нѣкоторыя законодательства совершенно неумѣстно возбраняютъ примиренія (прусскій и съ нѣкоторыми исключеніями баденскій код.), или опредѣляютъ извѣстный срокъ для отреченія отъ жалобы, какъ баварскій (8 дней), дармштадскій (до допроса обвиняемаго), вюртембергскій (до преданія обвиняемаго суду), саксонскій, брауншвейгскій и австрійскій код. (до объявленія приговора 1 инстанціи). Нахожденіе дѣла въ томъ или другомъ моментѣ судопроизводства не можетъ перемѣнять исковаго характера преступленія. Разумѣется, что, если кто разъ отказался отъ жалобы, то уже не можетъ взять своего отказа обратно; въ противномъ случаѣ слѣдовало бы дозволять обиженному безпрестанно возобновлять жалобу и отрекаться отъ нея, безпрестанно беспокоить противника, и утруждать суды, ослабляя ихъ авторитетъ.

315. Право жалобы и отказа отъ нея въ оскорбленіяхъ чести есть *право личное* и не переходитъ на наслѣдниковъ. Право жалобы принадлежитъ непосредственно обиженному, или потерпѣвшему, или же ихъ законнымъ представителямъ, каковы: родители или опекуны, если обиженный малолѣтній или помѣшанный. Когда нѣсколько лицъ пострадало лично или имущественно отъ преступленія, то каждое должно имѣть отдѣльное право подавать жалобу и отказывается отъ нея.

316. Весьма споренъ въ Германіи вопросъ, *дѣлимы ли жалобы* и *примиреніе*, въ случаѣ когда преступленіе совер-

Digitized by Google

шено нѣсколькими лицами, т. е. можно ли требовать наказанія только нѣкоторыхъ изъ нихъ, или примириться только съ нѣкоторыми. Саксонскій кодексъ (103) признаетъ началомъ дѣлимость; напротивъ того недѣлимость признана кодексами: прусскимъ (52), виртембергскимъ (136), брауншвейгскимъ (246, 247) и баварскимъ (89). Дѣлимость истекаетъ изъ существа исковыхъ преступленій. Такъ какъ отъ воли обиженнаго зависитъ привлеченіе виновниковъ къ отвѣтственности или нѣтъ, то его усмотрѣнію должно быть предоставлено требовать наказанія всѣхъ или только нѣкоторыхъ изъ соучастниковъ. Данная ему закономъ свобода была бы стѣснена, еслибъ онъ не могъ пощадить нѣкоторыхъ лицъ, участвовавшихъ въ преступленіи, коихъ наказаніе было бы ему самому досадно, нпр. если братъ жалующагося вмѣстѣ съ другими обокралъ его или нанесъ ему побои. Почему жалоба, поданная противъ одного, должна вмѣстѣ съ тѣмъ считаться поданною и противъ другихъ совиновниковъ? Почему примиреніе обиженнаго съ однимъ изъ виновниковъ должно лишать его удовлетворенія со стороны того, который можетъ быть нанесъ ему самую тяжкую обиду? Почему примиреніе потерпѣвшаго съ соучастникомъ, вознаградившимъ часть вреда, должно вмѣстѣ съ тѣмъ непремѣнно простираться и на того, который не хочетъ добровольно вознаградить причиненный имъ ущербъ.

317. Если личныя отношенія вліяютъ на характеръ преступленія (*качества объективно-субъективныя*), преступленіе же по этой причинѣ дѣлается исковымъ (нпр. когда совершившій кражу, подстрекатель или пособникъ въ ней — близкій родственникъ потерпѣвшаго), на сколько подача жалобы или отказъ отъ нея по отношенію къ одному переходятъ на другихъ

Digitized by Google

соучастниковъ? Этотъ вопросъ рѣшается по началамъ, изложеннымъ въ ученіи объ участіи въ преступленіи (*п.* 231; 239; 240). Слѣдовательно, если виновникъ состоитъ въ близкомъ родствѣ, то отказъ отъ жалобы долженъ вліять на подстрекателя и на пособника. Наоборотъ если родственникъ пособляетъ въ преступленіи, примиреніе не возможно.

V. Сила рѣшеннаго дѣла.

318. Этотъ предметъ принадлежитъ собственно къ судопроизводству. Однако жъ нельзя здѣсь оставить его безъ вниманія, по поводу тѣсной его связи съ вопросомъ о погашеніи наказанія.

Неизмѣнность, сила разъ рѣшеннаго дѣла (*auctoritas rei judicatae*) въ уголовномъ процессѣ есть учрежденіе общественнаго порядка, равнымъ образомъ какъ и въ гражданскомъ процессѣ. Оправданный судебнымъ приговоромъ, по общепринятому правилу, освобождается на всегда отъ привлеченія къ отвѣтственности. Это высказываютъ прямо нѣкоторыя законодательства (баварскій кодексъ, 96; французское судопроизводство, 360). Правило „*non bis in idem*“ есть одна изъ важнѣйшихъ гарантій личной неприкосновенности. Каково было бы положеніе гражданъ, если бы даже окончательный приговоръ не обезпечивалъ ихъ отъ вторичной отвѣтственности, если бы можно было безпрестанно нарушать ихъ спокойствіе? Отсюда произошла бы такая же шаткость личной безопасности, какъ и въ гражданскихъ отношеніяхъ, въ случаѣ дозволенія безпрестаннаго возобновленія окончательно рѣшенныхъ дѣлъ. Поэтому необходимо охранить оправдательныя рѣшенія непоколебимымъ предположеніемъ непогрѣшимости.

Digitized by Google

319. Предположеніе истины, сопряженное съ окончательными рѣшеніями, имѣетъ цѣлью оградить гражданъ отъ злоупотребленій, но не вредить имъ. Поэтому если приговоренный или оставленный въ подозрѣніи желаетъ доказать свою невинность, то ему никогда не должно отказывать въ этомъ. Правосудіе требуетъ, чтобъ наказаніе постигало лишь виновныхъ, но не поражало невинныхъ.

320. Правило *„non bis in idem“*, неизмѣнность рѣшеній, относится не только къ невинному, но и къ наказанному за продолжаемое преступленіе,—преимущественно же за такое, для состава котораго законъ требуетъ учащательности, и между тѣмъ наказанный будетъ послѣ обвиняемъ въ дѣяніяхъ, къ группѣ дѣйствій,—слагающихъ это преступленіе,—принадлежащихъ и совершенныхъ до произнесенія приговора первой инстанціи. Осужденіе за новыя дѣйствія, (напр. недозволеннаго леченія), совершенныя до этого времени, нарушало бы начало *non bis in idem*. Что касается дѣяній, совершенныхъ послѣ этого приговора, они должны составлять уже групу новаго преступленія: ибо приговоръ уничтожаетъ внутреннее единство этихъ дѣйствій (*н.* 297) [1]).

---

[1]) Этотъ предметъ разсмотрѣнъ подробно въ указанномъ выше разсужденіи автора: *О силѣ судебныхъ рѣшеній.* Сравн. статью Чебышева-Дмитріева, *О возобновленіи уголов. дѣлъ*, въ Ж. Мин. Юст. 1868 г., стр. 499.

Digitized by Google

ПРИБАВЛЕНІЕ.

О ТЕОРІЯХЪ УГОЛОВНЫХЪ.

ГЛАВА I.

Краткій очеркъ историческаго развитія понятій о существѣ наказанія и карательной власти до конца XVIII вѣка.

Пиѳагоръ.

331. Самое древнее правило практической философіи есть идея возмездія, провозглашенная Пиѳагоромъ въ VI вѣкѣ до рожд. Христ. По свидѣтельству Аристотеля, Пиѳагоръ, который первый философствовалъ о нравственности, основывалъ справедливость на томъ, чтобы человѣку, причинившему другому зло, было сдѣлано то же самое. Аристотель говоритъ въ своей Этикѣ, что такое возмездіе ошибочно, ибо оно не принадлежитъ, ни къ *раздѣлительной*, ни къ *исправительной* справедливости (*н.* 325), и во многихъ случаяхъ совершенно несправедливо. Если бы напр., говоритъ онъ, начальникъ ударилъ подчиненнаго, было бы несправедливо бить его за это. Если бы наоборотъ подчиненный ударилъ начальника,

Digitized by Google

недостаточно было бы его же ударить: онъ долженъ подвергнуться болѣе строгому наказанію.

Платонъ.

322. Платонъ († 348 до рожд. Христ.), по примѣру своего наставника Сократа, развиваетъ идею *награждающей справедливости* (или *раздѣлительной* по Аристотелю), какъ звѣно между земнымъ и внѣземнымъ бытіемъ. Что касается *исправительной* справедливости, онъ смотрѣлъ на нее исключительно съ точки зрѣнія общественной. Награждающую справедливость онъ основываетъ на той мысли: что внутренняя благодать, которую даетъ добродѣтель,—прекраснѣйшая и высшая награда [1]); и что внѣшнія матеріяльныя блага имѣютъ цѣнность единственно какъ средства для достиженія этой цѣли, какъ поощреніе къ добродѣтели. Если не въ этомъ, то въ другомъ мірѣ добродѣтель будетъ награждена блаженствомъ: божество дастъ ей всѣ земныя блага, какихъ она сама себѣ не будетъ въ состояніи доставить. Въ этихъ мысляхъ Платона отражаются понятія древняго языческаго міра, которыя обѣщаютъ добродѣтельному вѣчное внутреннее блаженство, соединенное съ усиленнымъ земнымъ наслажденіемъ, преступному же—вѣчное внутреннее угрызеніе, соединенное съ тѣлесными страданіями какъ наказаніемъ отъ руки неумолимаго божества.

---

[1]) „Какъ нѣтъ ничего прекраснѣе справедливости, такъ нѣтъ ничего безобразнѣе и несчастливѣе несправедливости, хотя бы она и пользовалась большимъ благополучіемъ. Внутреннее удовольствіе справедливаго награждаетъ мнимыя удовольствія и безстыдное наслажденіе людей, которые могутъ все и осмѣливаются на все. Для справедливаго лучше переносить несправедливость, нежели творить ее“. *Горіасъ.*

Digitized by Google

323. Въ воззрѣніи на карательную справедливость Платонъ не придерживается одного начала. Касательно отвѣтственности человѣка за свои дѣянія, находимъ у Платона противуположныя воззрѣнія. Разъ говоритъ онъ: „никто не золъ потому, что такъ хочетъ, а только по предрасположенію тѣла или по дурному воспитанію (*Тимонъ; Протагоръ; Законы*, кн. V)"; слѣдовательно онъ отрицаетъ свободу воли. Въ другомъ мѣстѣ (*Республика*, X) онъ утверждаетъ, что человѣкъ долженъ отвѣчать за свой выборъ. Послѣднее мнѣніе наиболѣе согласно со всѣмъ ученіемъ Платона, какъ выводъ изъ его начала, что добродѣтель есть знаніе, т. е. что довольно знать добро, чтобы творить его.

324. Платонъ не разсуждаетъ, ни объ основаніи наказанія, ни объ измѣреніи его, а только о цѣли наказанія. Онъ усматриваетъ ее въ предупрежденіи, исправленіи, примѣрности, или же въ освобожденіи государства отъ преступника. И такъ въ Протагорѣ онъ полагаетъ: что злой не наказывается потому, что онъ золъ; онъ не наказывается по поводу совершенной имъ вины, ибо это значило бы наказывать его какъ животное, и притомъ то, что́ случилось, не можетъ быть взято обратно; но онъ наказывается въ виду будущей вины, т. е. чтобъ опять не впалъ въ вину, и чтобы наказаніе воздержало свидѣтелей преступленія. Въ другомъ мѣстѣ, признавая, что справедливость есть добро и здравіе души, несправедливость же—болѣзнь и безчестіе, Платонъ усматриваетъ въ наказаніи лѣкарство и средство для нравственнаго перерожденія. Наказаніе, говоритъ онъ, не есть зло, но добро тягостное и вмѣстѣ съ тѣмъ спасительное. Счастіе человѣка состоитъ въ томъ, чтобы существовать въ порядкѣ; если человѣкъ вышелъ изъ предѣловъ порядка, то онъ долженъ возвратиться въ оныя посредствомъ наказанія. Всякая вина

Digitized by Google

требуетъ покаянія. Вина—безобразна, ибо она противна справедливости и порядку. Очищеніе (expiatio) т. е. покаяніе—прекрасно, ибо все, что́ справедливо—прекрасно (*Республика*, кн. IV; *Законы*, кн. V). Наказаніе умудряетъ и побуждаетъ къ тому, чтобы сдѣлаться справедливымъ. Несправедливость есть только второе зло; но несправедливость, избѣгающая наказанія, есть самое первое и величайшее зло. Кто совершилъ несправедливость, тотъ долженъ возвыситься надъ страхомъ и самъ требовать наказанія у судьи какъ у лѣкаря, чтобы несправедливость не причинила порчи душѣ и не сдѣлала ея неизлечимою, и чтобъ, посредствомъ обнаруженія своего злодѣянія, освободиться отъ величайшаго страданія, отъ несправедливости (*Горгіасъ*). Въ этихъ краснорѣчивыхъ словахъ Платонъ развиваетъ общую всему Востоку идею покаянія, которая произвела вліяніе на древнія законодательства, преимущественно же на египетское и еврейское.—Въ книгѣ IX *Законовъ* онъ требуетъ, чтобы кража священныхъ предметовъ была наказываема изгнаніемъ. Если несправедливость неизлечима, то нужно лишить преступника жизни,—что́ для другихъ будетъ служить примѣромъ и освободитъ республику отъ вреднаго члена.

Аристотель.

325. Аристотель († 322 предъ Рожд. Христ.) въ кн. V *Этики* (гл. 5, 8 и 11) разсуждаетъ о существѣ справедливости и наказанія. Онъ основываетъ справедливость на равенствѣ между людьми, и, по мѣрѣ разнообразія общественныхъ отношеній, дѣлитъ ее на: 1) *раздѣлительную* (distributiva), которая по существу своему значитъ то же самое, что и награждающая, и 2) *перемѣнную* или *исправительную* (commutativa, correctiva), которая есть среднее между большимъ и ма-

Digitized by Google

лымъ, между пользою и вредомъ. Исправительная справедливость раздѣляется еще на: *карательную*, которая возстановляетъ незаконно разрушенное равенство между обижающимъ и обиженнымъ, и *гражданскую*, касающуся договоровъ и пекущуюся о равенствѣ того, что́ каждая сторона даетъ или получаетъ. Раздѣлительная справедливость стремится къ справедливому раздѣленію чести, денегъ и благъ. Карательная справедливость, стремящаяся къ возстановленію нарушеннаго равенства, не обращаетъ вниманія ни на достоинство, ни на личныя качества (добрые ли или злые люди—обижающій и обиженный), и одинаково смотритъ на всѣхъ. Она обращаетъ вниманіе только на то, кто совершилъ несправедливость и кто пострадалъ отъ нея. Судья возстановляетъ равенство, предписывая вознаградить обиду.

326. Воззрѣніе на наказаніе возвышеннѣе у Аристотеля, чѣмъ у Пиѳагора. Онъ не опирается на матеріальное, а на идеальное возмездіе (*и.* 32): ибо онъ обращаетъ вниманіе не только на внутреннюю, но и на внѣшнюю сторону преступленія. Въ самомъ дѣлѣ, онъ различаетъ дѣянія, совершенныя съ обдуманностію, въ порывѣ, случайно, въ заблужденіи, по неосторожности, по невѣденію, и въ состояніи принужденія или необходимой обороны. Отвергая принципъ матеріальнаго возмездія пиѳагорейцевъ, онъ однако жъ не уясняетъ собственнаго своего воззрѣнія на мѣру наказанія. Въ отношеніи свободной воли и способности человѣка отвѣчать за свои дѣянія, Аристотелю чуждо колебаніе его наставника: онъ рѣшительно признаетъ эту способность. И такъ, между прочимъ онъ говоритъ: „если выборъ, обдуманность, воля, причины дѣяній, зависятъ отъ насъ; то и добрыя или злыя ихъ послѣдствія равнымъ образомъ зависятъ отъ насъ. Объ этомъ свидѣтельствуютъ и обыкновенные люди и зако-

Digitized by Google

нодатели, которые дѣлающихъ зло бьютъ и наказываютъ, творящихъ же добро почитаютъ и любятъ; все это для того, чтобы послѣднихъ еще болѣе побудить къ добру, а первыхъ *отвлечь отъ зла*". Въ этихъ словахъ покоится зародышъ предупредительной теоріи.

Воззрѣніе Римлянъ.

327. Римляне не имѣли самостоятельной философіи. Поэтому мысли, встрѣчаемыя у римскихъ юристовъ и философовъ, суть главнымъ образомъ отраженіе греческой философіи. Мы встрѣчаемъ у нихъ начало справедливости („Perspiciendum est judicanti, ne quid aut *durius*, aut *remissius* constituatur, quam causa deposcit". Marcianus (l. 11, D. 48, 19). Это начало нѣкоторые германскіе ученые считаютъ преобладающимъ въ римскомъ правѣ. Цѣль устрашенія преимущественно высказывается юристами и императорами. Такъ Ульпіанъ говоритъ: „bonos non solum *metu poenarum* efficere cupientes (l. 1, § 1, D. 1, 1)"; „ut exemplo *deterriti* minus delinquant (l. 6, § 1, D. 48, 19)". Tryphoninus: „ut exemplo aliis ad *deterrenda* maleficia sit (l. 31, D. 16, 3)". Callistratus: „ut et conspectu *deterrentur* alii ab iisdem facinoribus, et *solatio* sit cognatis interemptorum (l. 28, § 15, D. 48, 19)". Sextus Caecilius (у Авла Геллія, *Noctes Att.*, 20, 1): „*acerbitas* plerumque *ulciscendi* maleficia bene atque caute vivendi disciplina est". Это начало устрашенія не осталось безъ вліянія на законодательство, что́ и видно въ строгости нѣкоторыхъ наказаній. Однако жъ устрашеніе не господствовало исключительно: *во первыхъ* потому, что мысль опирать законодательство на одномъ принципѣ была чужда не только древности, но и среднимъ вѣкамъ; *во вторыхъ*, кро-

Digitized by Google

мѣ устрашенія, мы встрѣчаемъ у Римлянъ и другія цѣли наказанія, каковы: 1) предупрежденіе: „Nam, ut ait Plato, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed *ne peccetur* (Seneca, *de Ira*, I, 16)"; „ne quis et aliud postea tale facere moliatur" (Marc., l. 6, D. 48, 3); 2) безопасность: „ut *securiores* caeteri vivant (Seneca, *de Clem.*, I, 22); 3) польза государства (см. ниже о Цицеронѣ); и преимущественно 4) исправленіе: „poena constituitur in *emendationem* hominum" (Paulus, l. 20, D. 48, 19). Однако жъ эти цѣли не имѣли вліянія на мѣру наказанія, но скорѣе считались его послѣдствіемъ.

328. Что Римляніе въ одномъ и томъ же наказаніи соединяли различныя цѣли, о томъ свидѣтельствуютъ: Каллистатъ; Геллій (*Noct. att.*, 6, 14), который соединяетъ цѣли устрашенія и исправленія по Платону съ охраненіемъ чести обиженнаго по Таврy; Сенека (исправленіе, примѣръ, и безопасность), и наконецъ Цицеронъ. Послѣдній, по примѣру Платона, находитъ цѣль наказанія въ удержаніи преступника отъ преступленія (въ такъ называемомъ *частномъ предупрежденіи*, *н.* 358) и въ устрашеніи: „ut et ipse ne quid tale posthac committat, et caeteri sint ad injuriam *tardiores*"; и связываетъ это съ покаяніемъ: „injuriae suae *poenitere* (*De off.*, I, 11)". Иногда онъ усматриваетъ цѣль наказанія въ пользѣ государства („Omnis .... castigatio .... debet ad reipublicae *utilitatem* referri"). Уравненіе же наказанія, согласно Аристотелю, находитъ въ сохраненіи середины между большимъ и малымъ („Mediocritas illa, quae est inter nimium et parum". *De off.*, I, 25).

Digitized by Google

Отцы церкви и средніе вѣка.

339. Почти у всѣхъ народовъ въ первоначальномъ ихъ состояніи понятіе карательной власти общества связано съ идеею очищенія и умилостивленія божества посредствомъ наказанія. Христіанство, которое укрѣпило связь земной и будущей жизни, выдвинуло эту мысль, признавая карательную власть намѣстникомъ божества на землѣ, кару же—замѣномъ и предотвращеніемъ божія наказанія, покаяніемъ и побудительнымъ средствомъ къ исправленію. Въ этомъ смыслѣ говорятъ Отцы Церкви. Такъ Св. Августинъ († 395) говоритъ о карательной власти, что Апостолъ Павелъ устрашаетъ неправедность человѣческую не только страшнымъ судомъ, но и свѣтскою властію, которая тоже употребляется для исполненія божія провидѣнія („asserens et ipsas ad dispensationem divinae providentiae pertinere"; *Epist.* anno 414 in c. 4, c. XXIII q. 5). Ту же мысль высказываетъ Бл. Іероним̀ъ († 420): „Qui malos percutit in eo, quod mali sunt, et habet vasa interfectionis, ut occidat pessimos, minister est Domini (a. 410 in c. 29, q. 5)." Объ избѣжаніи божія наказанія посредствомъ земнаго онъ же говоритъ: „Si quis autem punitus sit propter levius peccatum (respondebimus Deum), tales postea non puniri, quia culpa levis praesenti supplicio compensata sit (a. 387, in c. 6, c. XXIII, q. 5)." Равнымъ образомъ и Св. Августинъ: „Ex occasione terribilium judicum ac legum, ne aeterni judicii poenas luant, corrigi eos cupimus (a. 412 in c. 3, c. XX)." Мысль *исправленія преступника* и вмѣстѣ съ тѣмъ *примѣра* для другихъ высказываетъ тотъ же Отецъ церкви: „Pertinet ad innocentis officium .... cohibere a peccato vel punire peccatum, ut aut ipse, qui plectetur, corrigatur experimento, aut alii terreantur exemplo (a. 426, in c.

Digitized by Google

37 ibid.)"; „et plectendo et ignoscendo hoc solum bene agitur, ut vita hominum corrigatur (a. 414, in c. 4 ibid.)." Въ другомъ мѣстѣ (*De poenit.*, c. 19) онъ отождествляетъ покаяніе и наказаніе: „Poenitere est poenam tenere, ut semper puniat in se ulciscendo, quod commisit peccando." Св. Амвросій указываетъ цѣль наказанія въ *удержаніи* другихъ отъ преступленія (*Offic.* lib. III, c. 3). Св. Златоустъ, сверхъ исправленія и примѣра, усматриваетъ еще цѣль наказанія въ *удовлетвореніи* обиженнаго (*In I. ad Corinth.* XI, 32).

330. Средневѣковая философія, преимущественно же Ѳома аквинатъ († 1274; *Summa theologica*, 1ª 2ae, qu. 37, art. 6), представляетъ эти мысли діалектически слѣдующимъ образомъ: если воля человѣка нарушаетъ преступленіемъ порядокъ божіей справедливости, то она можетъ возвратиться къ нему и удовлетворить ему черезъ наказаніе, т. е. въ такомъ случаѣ человѣкъ добровольно, или вопреки своей воли, долженъ страдать согласно справедливости божіей. Вмѣстѣ съ тѣмъ наказаніе содѣйствуетъ излѣченію преступника и устраненію соблазна для другихъ, подавая назиданіе соблазненнымъ преступленіемъ. Въ другомъ мѣстѣ (2ª 2ae, qu. 108) мысль о необходимости связать извѣстную цѣль съ наказаніемъ онъ выражаетъ слѣдующими словами: „не нужно дѣйствовать подъ вліяніемъ мести, которая довольствуется причиненіемъ зла тому, кто его учинилъ."

331. Понятіе о наказаніи, какъ удовлетвореніи долгу справедливости, высказано уже Тертуліаномъ (*De oratione*, cap. VII): „*Debitum in scripturis delicti figura est, quod perinde judicio debeatur et ab eo exigatur.*" Понятіе наказанія какъ долга встрѣчаемъ тоже у св. Августина и Златоуста.

Digitized by Google

Послѣдній полагаетъ, что наказаніе должно быть усиливаемо по мѣрѣ способности къ исправленію и воздержанію (*Orat. X de statuis*).

Подъ вліяніемъ такихъ понятій развивалось каноническое право, считая наказаніе благодѣяніемъ для преступника; и согласно началу христіянской любви стремилось къ умѣренности въ наказаніяхъ.

Новое время до конца XVIII вѣка.

1. Гроцій.

332. Послѣ возрожденія наукъ на Западѣ и попытокъ 16 вѣка возобновить древнія философскія системы, въ 17 вѣкѣ образуется самостоятельное направленіе философіи. Основателемъ новой философіи права былъ Гуго Гроцій († 1645). Предметъ о преступленіи и наказаніи изложенъ въ 20 главѣ II кн. его сочиненія: *De jure belli ac pacis* (Parisiis, 1625), которое имѣло большое вліяніе на уясненіе различныхъ законодательныхъ вопросовъ. Вотъ сущность его мыслей объ основныхъ вопросахъ уголовнаго права:

Наказаніе есть зло, которое мы переносимъ по поводу совершеннаго зла („*malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*“). Сама природа учитъ насъ, что это дозволено и непротивно справедливости, чтобы тотъ, который учинилъ зло, страдалъ за него. Право наказывать вытекаетъ изъ зла, содѣяннаго преступникомъ („*Qui punit ut recte puniat, jus habere debet ad puniendum, quod jus ex delicto nocentis nascitur*“). Преступникъ находится въ такомъ же положеніи, какъ и заключающій договоръ. Какъ продавецъ считается обязаннымъ ко всему тому, что̀ существенно въ продажѣ, хотя бы

Digitized by Google

это и не было упомянуто въ договорѣ; такъ и тотъ, который совершилъ преступленіе, почитается какъ бы за добровольно подвергшагося наказанію („*Ipse te huic poenae subdidisti.*“ l. 34 D. 49, 14).

333. Изъ сказаннаго видно, что, наказывая виновнаго, мы не причиняемъ ему обиды. Но изъ этого нисколько не слѣдуетъ, чтобы каждый виновный необходимо былъ наказываемъ. Человѣкъ можетъ причинить другому зло единственно для достиженія какого нибудь блага; только Богъ, на основаніи своей верховной надъ людьми власти, можетъ дѣйствовать, не полагая себѣ другой цѣли кромѣ собственнаго дѣянія. Человѣкъ, наказывая, долженъ имѣть въ этомъ извѣстную цѣль. Эта цѣль — троякая: *исправленіе*, *примѣръ* и *удовлетвореніе* обиженнаго (сравн. воззрѣніе Авла Геллія, *н.* 328). Собственно въ каждомъ наказаніи должно имѣть въ виду: 1) благо преступника, 2) пользу обиженнаго преступленіемъ, и 3) пользу общественную. Въ отношеніи къ первой изъ этихъ цѣлей, наказаніе есть то, что́ философы называютъ исправленіемъ, карою или остереженіемъ, и налагается для улучшенія преступника. Вторая и третья цѣль состоитъ въ *предупрежденіи* т. е. въ томъ, чтобы ни преступникъ, ни кто-либо другой не причинилъ впредь зла обиженному лицу. Эти цѣли достигаются посредствомъ лишенія жизни виновнаго, отнятія у него возможности вредить, или посредствомъ причиненія ему зла для того, чтобы сдѣлать его благоразумнѣе. Удержаніе другихъ отъ преступленій можетъ быть достигнуто посредствомъ публичнаго наказанія, что́ древніе называли *примѣрнымъ наказаніемъ*. Однако жъ, если цѣли, полагаемыя наказаніямъ, могутъ быть осуществлены другимъ образомъ; если прощеніе можетъ произвести не менѣе полезныя послѣдствія; если нѣтъ нравственной

Digitized by Google

необходимости наказанія: то нѣтъ и обязанности наказывать.

334. Всѣ ли злыя дѣянія должны быть наказываемы? Не должно наказывать: 1) дѣяній внутреннихъ („*Cogitationis poenam nemo patitur.*“ l. 18 D. 48, 19), которыя могутъ быть разсматриваемы только въ отношеніи ихъ вліянія на дѣянія внѣшнія; 2) винъ и грѣховъ, которые суть неизбѣжное послѣдствіе слабости человѣческой природы; 3) грѣховъ, которые ни посредственно, ни непосредственно не касаются общества, и въ наказаніи которыхъ никто незаинтересованъ. Взысканіе за эти грѣхи надобно предоставить Богу. 4) Равнымъ образомъ не слѣдуетъ наказывать грѣховъ противуположныхъ добродѣтелямъ, которыя по существу своему исключаютъ всякое принужденіе, каковы: состраданіе, щедрость, благодарность.

335. Что касается отношенія наказанія къ преступленію, или *мѣры наказанія*, должно обращать вниманіе на два обстоятельства, почему и съ какою цѣлью мы наказываемъ? Причина, по которой примѣняется наказаніе, состоитъ въ томъ, что виновникъ заслужилъ оное. Цѣль состоитъ въ пользѣ, которую можетъ принести наказаніе. Наказаніе должно быть соотвѣтственно винѣ, и не должно превышать ея. Но можно наказать мягче, еслибъ это было полезно. При опредѣленіи величины наказанія, слѣдуетъ обращать вниманіе: 1) на мотивъ преступленія; 2) на причину, которая должна была удержать отъ преступленія, т. е. на величину содержащейся въ немъ несправедливости; 3) на бо́льшее или меньшее расположеніе преступника увлекаться страстями и взвѣшивать мотивы, удерживающіе отъ преступленія. О величинѣ наказанія должно судить, не

Digitized by Google

только безотносительно, но и по отношенію ея къ тому, который долженъ страдать: ибо напр. денежная пеня, тягостная для бѣднаго, ничего незначитъ для богатаго; —знакъ безчестія, чувствительный для человѣка высшаго сословія, маловаженъ для принадлежащаго къ нисшему.

Изъ этого краткаго очерка видимъ какъ замѣчательны мысли Гроція, касающіяся основанія карательной власти (которое онъ усматриваетъ въ цѣли наказанія), цѣли наказанія, объема наказуемыхъ дѣяній и мѣры наказанія. Гроцій первый изъ философовъ новаго времени отдѣлилъ, хотя и не вполнѣ удовлетворительно, законъ юридическій отъ нравственнаго.

2. Сельденъ.

336. Сельденъ († 1654), который писалъ вскорѣ послѣ Гроція (*De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*, Londini, 1640, lib. I, cap. 4), учитъ, что наказаніе должно быть соразмѣряемо съ совершеннымъ преступленіемъ. Цѣль его—*удовлетвореніе* и очищеніе или *исправленіе* виновнаго. Законодатель долженъ опредѣлить степень наказанія по мѣрѣ опасности и общественнаго интереса.

3. Гоббесъ.

337. Гоббесъ († 1679, *Elementa philosophica de cive*, Parisiis, 1642, cap, 4, 19; *Leviathan*, Lond., 1651, cap. 28), основывая происхожденіе общества на договорѣ, выводитъ изъ него право наказанія. Такъ какъ общая безопасность есть цѣль, для которой люди соединились въ общество; то для охраненія этой безопасности необходимо наказаніе: ибо только опа-

Digitized by Google

сеніе онаго можетъ обезпечивать людей. Кто не хочетъ повиноваться верховной власти, тотъ долженъ быть наказанъ какъ врагъ общества. Наказаніе должно быть опредѣляемо съ обращеніемъ вниманія на будущее добро: ибо наказаніе, которое не соразмѣряется съ общественною пользою,—несправедливо. Наказаніе должно причинять зло, бо́льшее противъ добра, котораго преступникъ намѣревался достигнуть посредствомъ неповиновенія и несправеливости. Цѣль наказанія должна состоять въ *исправленіи* преступника и *примѣрѣ для другихъ*.

4. Томазій.

338. По мнѣнію Томазія († 1728; *Instit. jurisprud. divinae libri* III, Francof. et Lipsiae, 1688, liber III, cap. 6, 7), наказаніе есть зло или страданіе, причиняемое высшимъ низшему вопреки его воли. Въ *общемъ исправленіи* гражданъ заключаются и другія указываемыя нѣкоторыми цѣли. Таковы: удовлетвореніе законодателя за нарушеніе его законовъ и обезпеченіе неприкосновенности гражданъ. Наказаніе должно быть примѣняемо, на сколько это нужно для пользы государства. Поэтому слѣдуетъ наказывать только дѣянія, *вредныя государству* и могущія быть исправленными. По этой причинѣ не должны быть наказываемы какъ безвредныя: дѣянія внутреннія, маловажныя правонарушенія, и дѣянія, противныя тѣмъ, которыя совершаются не для избѣжанія наказанія, каковы напр. благоворительность и человѣколюбіе. Въ этомъ Томазій раздѣляетъ мнѣніе Гроція. По невозможности исправленія не льзя наказывать винъ, истекающихъ изъ общей людямъ порчи и случающихся такъ часто, что если бы наказывать ихъ, то не было бы надъ кѣмъ господствовать. Къ такимъ винамъ принадлежатъ гордость и неблагодар-

Digitized by Google

ность. То же самое слѣдуетъ сдѣлать, когда зло такъ укоренилось, что оно безъ потрясенія государства не можетъ быть уничтожено, или когда число преступниковъ такъ велико, что, въ случаѣ наказанія ихъ, страна была бы обезлюдена. Въ такихъ случаяхъ довольно, если правительство посредствомъ законовъ пріостановитъ увеличеніе зла. На обстоятельства, дѣлающія излишнимъ примѣненіе наказанія, — именно когда цѣль наказанія можетъ быть другимъ образомъ достигнута,—Томазій смотритъ такъ же какъ и Гроцій (333).

339. Такъ какъ цѣль наказанія—польза государства, то образъ исполненія онаго долженъ соотвѣтствовать этой цѣли, т. е. должно наказывать на столько, на сколько это согласно съ пользою государства. Поэтому нужно опредѣлять *наказанія, соотвѣтственныя преступленіямъ*, т. е. такія, которыя могли бы пріостанавливать предрасположеніе къ преступленіямъ. Слѣдовательно должно обращать вниманіе на важность преступленія и на личность преступника. Важность преступленія зависитъ отъ его предмета, его послѣдствій, и отъ того, какъ часто оно случается. Что касается лица преступника, должно обращать вниманіе на его наклонность къ преступленіямъ и впечатлительность къ наказанію.

Digitized by Google

ГЛАВА II.

Очеркъ главнѣйшихъ уголовныхъ теорій, начиная съ конца XVIII вѣка.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Теоріи абсолютныя.

A. Теоріи юридическаго возмездія (Кантъ).

340. Изъ этихъ теорій наиболѣе заслуживаетъ вниманія теорія *формальнаго* или *аналогическаго* возмездія, въ противуположность *матеріальному возмездію* (*н.* 32). Это—теорія Канта (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsb. 1798, стр. 225 и слѣд). Верховное начало естественнаго права и источникъ общаго понятія о правѣ, по мнѣнію Канта, есть согласованіе внѣшней свободы человѣка съ проявленіемъ свободы другихъ разумныхъ существъ. Внѣшняя свободная дѣятельсность есть требованіе практическаго разума для осуществленія нравственнаго закона. Безъ свободной дѣятельности, человѣкъ не могъ бы надлежащимъ образомъ исполнять нравственныя повелѣнія. Эта свобода индивида, сопоставленная со свободою другихъ, не можетъ

Digitized by Google

быть неограниченна. Отсюда необходимость войти въ общественное состояніе,—въ которомъ всѣ покоряются внѣшнему правовому принужденію, и права каждаго опредѣлены закономъ и обезпечены надлежащею силою. Каждый имѣетъ право дѣлать все то, что лежитъ въ сферѣ его свободы, ограниченной совмѣстнымъ проявленіемъ свободы другихъ лицъ. Такимъ образомъ понятіе уголовнаго закона отличается отъ нравственнаго: и тотъ и другой основаны на практическомъ разумѣ, но независимы другъ отъ друга. Объемъ того, что́ юридически возможно, несравненно обширнѣе того, что́ возможно нравственно: ибо въ правовомъ отношеніи человѣкъ можетъ дѣлать все, что не нарушаетъ объема внѣшней свободы другаго; притомъ въ правѣ принимается въ уваженіе только внѣшнее нарушеніе.

341. Такимъ воззрѣніемъ на государство, приближеннымъ къ воззрѣнію Руссо, Кантъ, положивъ внѣшнее основаніе праву, не примѣнилъ онаго послѣдовательно къ уголовному принужденію. Это начало служитъ Канту только ограниченіемъ уголовнаго принужденія такимъ образомъ, что это принужденіе касается только внѣшнихъ, т. е. чисто правовыхъ нарушеній. Общественное наказаніе опираетъ Кантъ на высшей необходимости, на нравственномъ убѣжденіи и нравственной природѣ человѣка; и даетъ наказанію, въ противоположность другимъ правовымъ принужденіямъ (напр. обязанности вознаградить вредъ), нравственное основаніе. Наказаніе есть *категорическій императивъ* (безусловное повелѣніе) практическаго разума, есть *возмездіе*, которое есть единственная апріорическая идея, составляющая фундаментъ уголовнаго права. Императивъ уголовный истекаетъ изъ формы или изъ духовной организаціи практическаго разума; онъ присущъ человѣческому уму.

Digitized by Google

Кантъ не доказалъ этой тезы. Притомъ онъ не оправдалъ нравственной необходимости наказанія какъ возмездія, и не могъ оправдать ея. Въ самомъ дѣлѣ, ни наша нравственная природа, ни опытъ, ни религія, не указываютъ на такую неразрывную связь внутренняго и внѣшняго міра, чтобы необходимо внѣшнее наказаніе слѣдовало за виной, и чтобы внѣшняя награда составляла достояніе добродѣтели. Добродѣтель есть сама себѣ награда; грѣхъ самъ себя наказываетъ. Идея возмездія представляется намъ, хотя и нѣтъ такой необходимой связи между духовнымъ и земнымъ міромъ. Поэтому нельзя уподоблять общественнаго наказанія тому, что̀ не существуетъ, а именно мнимому необходимому воздаянію въ высшемъ нравственномъ порядкѣ.

342. Кантъ отвергаетъ всякую внѣшнюю цѣль наказанія. „Наказаніе никогда не должно быть средствомъ къ достиженію какого бы то ни было блага общества или преступника. Наказаніе должно быть наложено на виновника потому, что онъ совершилъ преступленіе. Человѣкъ не можетъ быть средствомъ, не можетъ быть поставленъ на равнѣ съ вещію: противъ этого онъ защищенъ врожденною ему личностію..... Если бы народъ, живущій на островѣ рѣшился оставить его и разсѣяться; то послѣдній убійца, находящійся въ тюрьмѣ, долженъ бы былъ прежде погибнуть, чтобы претерпѣть наказаніе, которое онъ заслужилъ своимъ дѣяніемъ“. Если бы Кантъ сталъ здѣсь на почву относительныхъ теорій, по которымъ наказаніе необходимо для сохраненія общественнаго порядка, то онъ былъ бы согласенъ со своимъ воззрѣніемъ на государство (*н.* 340), по которому цѣль государства есть безопасность единицъ. Съ другой стороны, стремленіе достигнуть, посредствомъ наказа-

Digitized by Google

нія, нравственное исправленіе преступника нисколько не унижаетъ человѣческой личности.

343. Основывая наказаніе на идеѣ нравственнаго возмездія, Кантъ считалъ нужнымъ ограничить его одними правонарушеніями. Начало такому ограниченію онъ отыскиваетъ внѣ этой идеи, т. е. въ идеѣ права, составляющей противуположность нравственному закону. Признавая, кромѣ того, что наказываніе маловажныхъ правонарушеній повело бы слишкомъ далеко, онъ полагаетъ, что только публичныя преступленія (подлогъ, кража, разбой и проч.), должны подлежать уголовному наказанію; частныя же преступленія (напр. обманъ въ продажѣ) подлежатъ гражданскимъ судамъ: ибо только публичныя преступленія угрожаютъ обществу. Здѣсь Кантъ впадаетъ опять въ относительную теорію, ибо цѣль этихъ теорій состоитъ именно въ охраненіи правоваго порядка.

Опасность, угрожающая обществу отъ преступленій, составляетъ причину, по которой только государству, по мнѣнію Канта, служитъ *право наказывать*.

344. Въ отношеніи *мѣры наказанія* Кантъ принимаетъ принципъ равенства. Она не состоитъ во внѣшней буквальной соотвѣтственности наказанія и преступленія, но въ томъ, чтобы наказаніе было пропорціонально, т. е., по роду и степени, отвѣчало винѣ. Случаи, указанные Кантомъ, были причиною, что нѣкоторые (напр. Спасовичъ въ своемъ Учебникѣ, стр. 18) ошибочно полагали, будто Кантъ — приверженецъ матеріальнаго таліона. Онъ говоритъ: „убійца долженъ быть наказанъ смертію. Воръ лишается всякой безопасности относительно своей собственности; слѣдовательно онъ ничего не имѣетъ, а хочетъ жить: поэтому

Digitized by Google

государство должно кормить его, и въ замѣнъ того употреблять его къ работамъ какъ временнаго или пожизненнаго раба. Насилующій и педерастъ долженъ быть подверженъ кастраціи; совершающій скотоложство — извержению изъ общества, такъ какъ онъ самъ сдѣлался недостойнымъ человѣчества (*Per quod quis peccat; per idem punitur et idem....*)."

Б. Діалектическая теорія возмездія (Гегель).

345. Эта теорія выводитъ наказаніе въ видѣ таліона изъ діалектическаго процесса понятій. Гегель развиваетъ свое воззрѣніе слѣдующимъ образомъ (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1838, § § 29, 82 и слѣд.).

Право есть осуществленіе свободной или разумной воли. Воля, нарушающая это осуществленіе, возстающая противъ права, ставитъ себя вмѣстѣ съ тѣмъ въ разладъ сама съ собою, и есть неправда. Неправда можетъ быть троякая: 1) добросовѣстная или гражданская, 2) обманъ, и 3) преступленіе (насиліе, принужденіе). Въ первомъ случаѣ ни одна изъ сторонъ не возстаетъ противъ права; но каждая полагаетъ, что имѣетъ его за себя. Здѣсь признается воля общественная, и отрицается только индивидуальная. Напротивъ того въ обманѣ нарушается не воля индивидуальная,— ибо обманываемый полагаетъ, что законъ въ отношеніи къ нему не нарушенъ,—а воля общественная. Неправда въ собственномъ смыслѣ есть преступленіе, которое не почитаетъ ни права въ его существѣ, ни права въ томъ видѣ, въ какомъ оно намъ представляется; слѣдовательно оно нарушаетъ и объективную и субъективную сторону права.

Digitized by Google

346. Неправда есть отрицаніе права. Право, какъ нѣчто абсолютное, не можетъ быть уничтожено неправдою, которая по существу своему ничтожна. Слѣдовательно неправда должна быть уничтожена, и законъ посредствомъ этого отрицанія (уничтоженіе неправды) возстановленъ. Зло, постигающее преступника, не только само по себѣ справедливо, но притомъ оно есть *право самаго преступника* (?). Посему изъ существа неправды и изъ собственной воли или (фиктивнаго) соглашенія преступника слѣдуетъ, что содѣянное имъ нарушеніе должно быть уничтожено. Наказаніе есть оказаніе почета преступнику и признаніе его существомъ разумнымъ, такъ какъ онъ подвергается закону, который онъ самъ призналъ.

347. Изъ такого общаго взгляда на наказаніе Гегель дѣлаетъ слѣдующіе выводы въ отношеніи *мѣры наказанія:*

Уничтоженіе преступленія есть таліонъ въ томъ смыслѣ, что наказаніе, равнымъ образомъ какъ и право, будучи внѣшнимъ проявленіемъ, имѣетъ опредѣленный по количеству и качеству объемъ. Основанное на этомъ представленіи тождество наказанія и преступленія не есть внѣшнее, но опирается на цѣнности или внутреннемъ равенствѣ. Такимъ образомъ между кражею, или грабежемъ, и денежною пенею, или тюремнымъ заключеніемъ, можетъ существовать внутреннее равенство, т. е. эти понятія—уравнительны. Опредѣленіе такого равенства въ отношеніи къ разнымъ преступленіямъ не есть задача философіи. Здѣсь не возможно положить общее безусловное правило. Разумъ можетъ только приблизительно опредѣлять такое равенство, дѣлая оцѣнку преступленія и обозначая соотвѣтственное ему наказаніе.

Digitized by Google

348. Эта искуственно и неясно построенная теорія выводитъ понятіе о наказаніи посредствомъ логическаго процесса, отнимая у него возвышенное нравственное основаніе. Необходимость наказанія основываетъ Гегель на ничтожествѣ преступленія, слѣдовательно на необходимости уничтоженія его и на соглашеніи на то преступника. Уничтожить то, что уже явилось, не возможно. Что же касается согласія преступника, оно совершенно фиктивно. Граница уголовной и гражданской неправды ошибочно обозначена Гегелемъ. Согласно его воззрѣнію, слѣдовало бы всѣ умышленныя правонарушенія, составляющія гражданскіе проступки, отнести къ области уголовныхъ преступленій. Разрѣшеніе вопроса о качествѣ и количествѣ наказанія Гегель совершенно исключаетъ изъ сферы философіи. Наконецъ отношеніе объективной и субъективной стороны преступленія опредѣлено имъ неясно. Вниманіе обращено преимущественно на первую.

В. Теорія божія возмездія (Шталь).

349. Шталь (*Philosophie des Rechts*, Heidelb., 1856, I, § 54 и сл.; II, § 183 и сл.) излагаетъ свою теорію на основаніи философіи Шеллинга.

Государство есть учрежденіе, посредствомъ котораго, по уполномочію божію, порядокъ божій долженъ быть сохраненъ внѣшнимъ образомъ въ обществѣ. Какъ сфера нравственной дѣятельности государства есть внѣшняя (правовая), такъ и карательное правосудіе есть внѣшнее. Порядокъ въ государствѣ и власть его могутъ быть нарушаемы только внѣшнимъ дѣяніемъ, т. е. преступленіемъ, и — возстановля-

Digitized by Google

ёмы только посредствомъ внѣшняго физическаго страданія. Эта внѣшняя справедливость по существу своему должна уподобляться справедливости божіей. Государство имѣетъ, не только право, но и обязанность примѣнять внѣшнія наказанія, такъ какъ оно призвано сохранять внѣшній этическій порядокъ на землѣ. Если бы государство было только внѣшняя ассоціація для человѣческихъ цѣлей, то оно не могло бы лишать благъ (жизнь, свобода), которыми оно само не надѣляетъ. Хотя наказаніе есть необходимое послѣдствіе преступленія, указанное справедливостію, однако жъ оно служитъ и другимъ цѣлямъ (общественная защита, предупрежденіе, устрашеніе, исправленіе преступника и возвышеніе нравственности народонаселенія). Но эти цѣли не составляютъ основанія наказанія, а только его моменты. Оправданіе его основано на аподиктической (безусловной) необходимости заглаженія вины преступникомъ.

350. Изъ такого понятія государства и карательнаго правосудія вытекаетъ понятіе *преступленія* и его *объемъ*. Преступленіе есть нарушеніе власти закона и государства какъ внѣшняго этическаго порядка на землѣ. Къ этому внѣшнему правовому порядку принадлежатъ: неприкосновенность лицъ и собственности, порядокъ въ семействѣ, бытъ государства и церкви. Поэтому не входятъ въ объемъ преступленія:

1) *Безнравственность* и *грѣхъ*. Здѣсь можетъ имѣть мѣсто только полицейское взысканіе, для предотвращенія соблазна, но не уголовное наказаніе. Такъ пьянство, лжеприсяга и богохуленіе,—на сколько они не нарушаютъ общественнаго порядка,—составляютъ только грѣхъ.

2) *Полицейское нарушеніе*. Оно ненаправлено противъ десяти заповедей, и потому не есть непосредственное нарушеніе

Digitized by Google

правоваго порядка, а только посредственное, такъ какъ оно состоитъ въ неисполненіи повелѣній государства, касающихся общественной пользы. Неисполненіе такихъ повелѣній можетъ быть наказываемо только полицейскимъ, но не уголовнымъ порядкомъ.

3) *Неповиновеніе* и *гражданская неправда.* Преступленіе есть всегда положительное нарушеніе правоваго порядка; неповиновеніе же и гражданская неправда составляютъ только отрицательное нарушеніе, напр.: невозвращеніе другому признанной ему судебнымъ рѣшеніемъ собственности; неявка предъ начальствомъ, не смотря на сдѣланный вызовъ; гражданскій обманъ посредствомъ сокрытія недостатковъ проданной вещи.

351. Наказаніе есть зло; въ томъ состоитъ понятіе наказанія. Воля можетъ быть преодолѣна въ ея сущности только посредствомъ подверженія ея страданію. Такое зло составляетъ смертная казнь: ибо существованіе есть то, чего воля преимущественно желаетъ. Кромѣ того такое зло составляютъ: частичное уничтоженіе существованія (изувѣченіе) и тѣлесное наказаніе; лишеніе свободы и чести. Правосудіе требуетъ, чтобъ наказаніе было соотвѣтственно степени вины. Оно требуетъ этого съ такою же неуклонностью, съ какою требуетъ самого наказанія: ибо для правосудія равнымъ образомъ важны и неприкосновенность порядка въ государствѣ и неприкосновенность лица, на сколько оно невинно. Величина преступленія зависитъ, относительно его объективной и субъективной стороны, отъ степени нарушенія и отъ степени вины. Степень правонарушенія зависитъ: отъ качества нарушеннаго права (преступленія противъ жизни, и личной неприкосновенности; кража со взломомъ въ отношеніи къ простой кражѣ и пр.); отъ послѣдствія дѣянія (соверше-

Digitized by Google

ніе, покушеніе); отъ причинности дѣянія въ отношеніи къ нарушенію (виновникъ, пособникъ, и проч.). Степень вины зависитъ: отъ степени самоопредѣленія воли; отъ рода ея направленія (умышленность и неумышленность); отъ ея напряженія (обдуманность, запальчивость). Такой постепенности преступленія отвѣчаетъ постепенность наказанія. Что касается *качества наказаній*, самыя соотвѣтственныя суть: смертная казнь, тюремное заключеніе и изъятіе изъ подъ охраны закона. Что касается *количества*, то нельзя опредѣлить для каждаго преступленія извѣстной мѣры, какъ безусловнаго требованія справедливости. Однако жъ существуетъ приблизительная мѣра и взаимное соотношеніе преступленій. Слѣдовательно можно опредѣлить относительную строгость или мягкость наказаній, налагаемыхъ даннымъ положительнымъ законодательствомъ.

352. Эта теорія представляетъ много сближенія съ прежними теоріями божія возмездія и съ теоріей Гегеля. Теорія Шталя, основанная на чисто теологической (по втхому завѣту) точкѣ зрѣнія,—мало самостоятельна; но за то она проведена съ логическою послѣдовательностью. Съ другой стороны, она сходна съ относительными теоріями въ томъ, что послѣднія тоже направлены къ сохраненію правоваго порядка. Но они признаютъ необходимость наказанія, на сколько оно полезно для осуществленія этой цѣли. Напротивъ того, Шталь считаетъ наказаніе необходимымъ проявленіемъ справедливости и укрѣпленіемъ авторитета правоваго порядка, котораго представитель—государство. Оно должно наказывать, такъ какъ оно должно быть сферою права. Шталь смотритъ на государство и правосудіе съ точки идеальнаго совершенства, къ которому государство должно стремиться. Онъ забываетъ, что эта свѣтлая сторона неразрывно связана

Digitized by Google

съ темною стороною дѣйствительности, съ несовершенствомъ и погрѣшимостію человѣческой природы, — вслѣдствіе которыхъ правосудіе можетъ быть ошибочно, государство же не можетъ считаться намѣстникомъ божества. Государство, говоря языкомъ Шталя, есть посредствующая ступень между жизнію природы и царствомъ божіимъ. Шталь самъ доказываетъ ошибочность своей исходной точки, такъ какъ онъ признаетъ, что существуетъ приблизительная (или, собственно говоря, недостаточная) мѣра наказанія. Можно ли слѣдовательно справедливость,—имѣющую такое шаткое измѣреніе наказанія,—называть внѣшнею божіею справедливостію на землѣ?

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Теоріи относительныя.

A. Теоріи, имѣющія главною цѣлію общественное благо.

I. Теоріи устрашенія (Филанджіери, Фейербахъ).

353. Это самая богатая отрасль уголовныхъ системъ. Эти теоріи имѣютъ цѣлью устрашеніе преступника и всѣхъ гражданъ. Притомъ однѣ желаютъ устрашенія посредствомъ впечатлѣнія, вызваннаго страданіями преступника; другія—посредствомъ представленія объ угрожающемъ наказаніи; остальныя посредствомъ того и другаго. Всѣ эти теоріи представляютъ двѣ главныя группы: устрашеніе посредствомъ *исполненія наказанія* или посредствомъ *угрозы онымъ*.

Digitized by Google

354. Первый, который разсуждалъ объ устрашеніи посредствомъ исполненія наказанія, это—Филанджіери (*Scienza della legislazione*, lib. III, c. 27). Онъ говоритъ между прочимъ: цѣль уголовнаго права состоитъ въ удержаніи виновнаго отъ дальнѣйшаго нарушенія общественнаго порядка, и устрашеніе другихъ посредствомъ впечатлѣнія, произведеннаго понесенною виновнымъ карою. Самыя соотвѣтственныя наказанія суть тѣ, которыя,—при сохраненіи надлежащей пропорціи, — посредствомъ возможно малаго страданія достигаютъ возможно бо́льшаго удержанія тѣхъ, которые предрасположены къ совершенію того же преступленія. Эта теорія жертвуетъ справедливостью для уголовной политики и считаетъ человѣка простымъ орудіемъ своей цѣли. Эта цѣль рѣдко можетъ быть достигнута: ибо, кромѣ смертной казни, почти никакое другое наказаніе не исполняется публично. Впрочемъ законодательства склоняются все болѣе и болѣе къ исполненію и этого наказанія внутри тюремнаго зданія (*н.* 254). Видъ страданій виновнаго рѣдко производитъ желаемое этою теоріею вліяніе, тѣмъ болѣе, что зрители не могутъ точно знать вины преступника и ея обстоятельствъ. Обыкновенно такой видъ возбуждаетъ состраданіе, или же народонаселеніе къ нему привыкаетъ.

355. Мысль устрашенія посредствомъ угрозы наказаніемъ, хотя доселѣ почти общепризнаваемую, развилъ послѣдовательно Фейербахъ, такъ что его можно назвать основателемъ этой теоріи. Разсуждая о томъ въ сочиненіяхъ: „*Anti-Hobbes oder über die Gränze der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger g. d. Oberherr* (Erfurt, I, 1798, стр. 201—226)“ и въ „*Revision des peinliches Rechts* (Erfurt, I, 39—61)“, окончательно упрочилъ свое воззрѣніе въ „*Lehrbuch des peinliehen Rechts* (1801 г., § 8 и слѣд.)“.

Digitized by Google

Цѣль государства—сохранить законный порядокъ. Всякое нарушеніе закона противно цѣли государства. Государство имѣетъ право и обязанность предупреждать преступленія. Съ тою цѣлью оно должно употреблять физическое принужденіе, предшедствующее (напр. посредствомъ обузданія физическихъ силъ лица, устремляющагося нарушить законъ) или послѣдующее (принудить къ вознагражденію причиненнаго вреда). Но физическое принужденіе не всегда въ состояніи предотвратить правонарушенія, напр. если они касаются правъ невознаградимыхъ (жизнь, здоровье). Поэтому необходимо еще принужденіе другаго рода, которое предупреждало бы преступленія во всякомъ случаѣ, безъ предположенія свѣдѣнія о дѣйствительно угрожающемъ данномъ преступленіи. Таково—*психологическое принужденіе*, состоящее въ поселеніи въ каждомъ убѣжденія, что совершеніе имъ преступленія неминуемо поведетъ къ наказанію, т. е. къ злу бо́льшему чѣмъ непріятность, вызванная неудовлетвореніемъ влеченію къ преступленію: ибо источникъ всякаго преступленія есть чувственность, т. е. желаніе доставить себѣ удовольствіе, какое виновникъ надѣется осуществить посредствомъ преступленія.

356. Фейербахъ мало обращалъ вниманія на *объемъ* уголовнаго права, такъ какъ положительное германское законодательство не представляло въ этомъ отношеніи особеннаго сомнѣнія.

Наиболѣе замѣчательно въ системѣ Фейербаха рѣшеніе вопроса о *мѣрѣ наказанія*, преимущественно въ отношеніи субъективныхъ основаній наказуемости (*Lehrb.*, §103 и слѣд.).

Величина опасности, угрожающей законному порядку отъ преступленія, должна быть мѣриломъ для опредѣленія величины наказанія. Чѣмъ бо́льше эта опасность, тѣмъ бо́ль-

Digitized by Google

ше должно быть наказаніе. Опасность дѣянія можетъ быть опредѣляема по внѣшнимъ своимъ признакамъ (количество дѣянія) или по психологическимъ мотивамъ (качество дѣянія), т. е. по отношенію къ субъективной и объективной сторонѣ. Объективныя основанія наказанія зависятъ отъ важности предмета или нарушеннаго права, отъ отношенія между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ и отъ рода дѣйствія (степень участія въ преступленіи). Субъективныя основанія наказуемости состоятъ въ отношеніи воли къ дѣянію; поэтому злое намѣреніе болѣе наказуемо нежели небрежность. Небрежность тѣмъ бо́льше: чѣмъ легче дѣяніе, посредствомъ котораго можно было избѣгнуть ея;—чѣмъ тѣснѣе связь между дѣйствіемъ преступника и нарушеніемъ закона;—чѣмъ болѣе, по поводу особенныхъ своихъ отношеній, преступникъ былъ обязанъ быть осмотрительнымъ. Злой умыселъ образуется изъ чувственныхъ побужденій воли. Наказуемость увеличивается по мѣрѣ опасности этихъ побужденій. Степень ихъ опасности зависитъ: отъ ихъ напряженія и степени ихъ силы;—отъ ихъ продолжительности, т. е. отъ степени ихъ закоренѣлости въ умѣ;—отъ ихъ объема, т. е. отъ того, на какъ значительное количество правонарушеній направлены эти побужденія по своему существу (*Lehrb.*, § 116 и слѣд.).

357. Теорія Фейербаха, или такъ называемая *теорія психологическаго принужденія*, основана на ошибочномъ представленіи о человѣческой природѣ. Еслибъ угроза наказаніемъ могла удерживать отъ преступленій, то никто не совершалъ бы ихъ. Страсть, вовлекающая въ преступленіе не разсуждаетъ. По бо́льшей части преступникъ питаетъ надежду на безнаказанность, т. е. что дѣяніе его не будетъ обнаружено. Притомъ трудно полагать, чтобы каждый съ такою

Digitized by Google

точностію знать законъ, чтобы въ данномъ случаѣ могъ опредѣлить, будетъ ли угрожающее ему наказаніе чувствительнѣе нежели лишеніе себя пріятности, ожидаемой отъ совершенія. Такъ какъ по этой теоріи преимущественно дѣло идетъ объ обузданіи чувственныхъ похотей, то она непослѣдовательна, если обращаетъ вниманіе на объективныя основанія наказуемости. Наконецъ эта теорія ведетъ къ строгости въ наказаніяхъ: согласно ей, тѣмъ вѣрнѣе психологическое принужденіе, чѣмъ болѣе строги наказанія.

II. Теоріи предупрежденія.

1. Теорія частнаго предупрежденія (Грольманъ).

358. Эта теорія основываетъ цѣль наказанія на предупрежденіи будущихъ правонарушеній со стороны преступника, и согласно тому опредѣляетъ мѣру наказанія. Въ противуположность Фейербаховой теоріи *общаго предупрежденія* или *устрашенія*, имѣющей цѣлью предупредить преступленія вообще, т. е. устрашить всѣхъ, эта теорія называется теоріею *частнаго предупрежденія* или *устрашенія*. По тѣмъ же причинамъ, по которымъ Фейербахъ считается творцомъ теоріи психологическаго принужденія, Грольмана можно назвать творцомъ теоріи превентивной. Онъ изложилъ ея начала въ *Grundsaetze der Criminalrechtswissenschaft* (Giessen, 1798, § 1 и слѣд.). Содержаніе ихъ слѣдующее:

359. Идея законнаго порядка требуетъ, чтобъ никто не былъ обиженъ въ своихъ правахъ. Къ этому должна быть устремлена воля каждаго. Когда нѣтъ сомнѣнія, что такое расположеніе воли не существуетъ, происходящее отсюда

Digitized by Google

препятствіе законному состоянію и свободѣ, должно быть устранено посредствомъ принужденія, безъ котораго законный порядокъ не могъ бы существовать. Законъ дозволяетъ принужденіе, не только слѣдующее за нарушеніемъ, т. е. *принужденіе къ вознагражденію*, но и *принужденіе предупредительное*, которое состоитъ въ устраненіи угрожающей опасности, предполагая, что такая опасность несомнѣнно существуетъ. Эта опасность можетъ быть близкая или отдаленная. Согласно тому и принужденіе можетъ быть или средствомъ необходимой обороны, или же предупредительнымъ принужденіемъ въ тѣсномъ смыслѣ. Несомнѣнность угрожающей опасности оказывается изъ противозаконнаго образа дѣйствія.

360. Цѣль предупредительнаго принужденія—возстановить свободное отъ опасности состояніе. Эта цѣль можетъ быть достигнута двоякимъ образомъ: посредствомъ уничтоженія физической возможности правонарушенія (смертная казнь, пожизненное заключеніе или изгнаніе), или посредствомъ устрашенія примѣненіемъ другихъ наказаній. Согласно тому, принужденіе можетъ быть физическое или психическое. Первое должно составлять исключеніе, какъ примѣняемое главнымъ образомъ только къ лицамъ, лишеннымъ свободной воли (сумасшедшіе и проч.), второе же—правило. Психическое принужденіе должно возбуждать преодолѣвающее впечатлѣніе непріятности, вытекающей изъ наказанія; въ противномъ случаѣ устрашеніе преступника, какъ существа тѣлеснаго, было бы невозможно. Это принужденіе должно существовать не только послѣ совершенія, но и до совершенія преступленія, т. е. должно быть не только частное, но (вспомогательно) и общее.

Digitized by Google

361. Вопросъ объ *объемѣ уголовнаго права* Грольманъ понимаетъ такимъ образомъ (*Grundsaetze*, § 16 и слѣд., 2 Ausg.), что преступленіями считаетъ только внѣшнія свободныя дѣянія, которыя необходимо требуютъ наказанія или предупредительнаго зла. Поэтому наказаніе невозможно тамъ, гдѣ цѣль предупрежденія можетъ быть достигнута и безъ него, напр. гдѣ гражданскія послѣдствія правонарушенія составляли бы дѣйствительное зло для виновника, могущее возбудить въ немъ преодолѣвающее впечатлѣніе непріятности.

362. *Мѣра наказанія.* Согласно двоякому принужденію, физическому и психическому, наказанія бываютъ двоякаго рода: абсолютныя и устрашительныя. Первыя состоятъ въ смерти физической или гражданской (пожизненное заключеніе, изгнаніе). Устрашительное наказаніе должно, посредствомъ физическаго страданія, возбудить въ преступникѣ убѣжденіе, что и для физической его стороны полезно удерживаться отъ преступленій. Такимъ образомъ на основаніи психологическомъ, можно надѣяться, что противозаконныя стремленія не возникнутъ въ томъ, который послѣ отбытія наказанія не лишается возможности совершать правонарушенія. Поэтому наказаніе должно исправить преступника *политически* (юридически). Согласно этому несоотвѣтственно и несправедливо всякое наказаніе, которое препятствуетъ политическому исправленію или дѣлаетъ его невозможнымъ. Таковы наказанія неблагопріятно дѣйствующія нравственно (тюрьмы при нынѣшнемъ ихъ устройствѣ и наказанія, возбуждающія низкія страсти) или политически посредствомъ лишенія возможности внѣшняго исправленія (публичное наказаніе или выставленіе, и проч.).

Вопросъ о мѣрѣ наказанія подробнѣе развитъ Грольманъ

Digitized by Google

маномъ въ сочиненіи: „*Ueber die Begründung des Strafrechts* (Giessen, 1799, стр. 3 и слѣд.)“, въ которомъ онъ выставляетъ въ этомъ отношеніи три правила: 1) чѣмъ важнѣе нарушенное право и чѣмъ труднѣе вознаградить его, тѣмъ строже долженъ быть наказанъ преступникъ: ибо чѣмъ выше степень одичалости или противозаконнаго стремленія, тѣмъ бо́льшею опасностію онъ угрожаетъ въ будущемъ; 2) съ другой стороны, чѣмъ болѣе особенныхъ обстоятельствъ, которыя, не смотря на важность преступленія, свидѣтельствуютъ о меньшей степени одичалости преступника (малолѣтство, аффектъ),—тѣмъ меньше наказуемость, ибо преступникъ угрожаетъ меньшею опасностію въ будущемъ; 3) чѣмъ опаснѣе привычки преступника, тѣмъ болѣе усиливается его наказуемость, ибо онъ угрожаетъ въ будущемъ бо́льшею опасностію. Если же опасность, по 1-му или 3-му принципу или по обоимъ, такъ велика, что нельзя надѣяться достигнуть психической безвредности (политическаго исправленія) посредствомъ устрашительнаго наказанія; то слѣдуетъ обратиться къ учиненію преступника абсолютно безвреднымъ посредствомъ пожизненнаго заключенія или смертной казни.

363. Теорія Грольмана усматриваетъ основаніе наказанія, не въ преступленіи, но главнымъ образомъ въ опасности, какую оно представляетъ въ будущемъ,—что произвольно и несправедливо. Притомъ нельзя утверждать, что кто разъ учинитъ преступленіе, тотъ въ будущемъ опять будетъ совершать его; особенно же нельзя этого сказать о дѣяніяхъ, совершенныхъ въ порывѣ или неумышленно. Если дѣло идетъ объ исправленіи, то въ двухъ послѣднихъ случаяхъ наказаніе было бы почти излишне. Кромѣ того даже привычный преступникъ можетъ нечаянно

Digitized by Google

обратиться на путь исправленія. По этой теоріи основаніемъ наказанію и измѣренію его было бы только предположеніе, или одно, часто даже неосновательное, подозрѣніе. Гройльманъ не указываетъ на существенную черту наказуемыхъ дѣяній, неотличаетъ правонарушеній вообще отъ преступленія.

2. ТЕОРІЯ ОБЩАГО И ЧАСТНАГО ПРЕДУПРЕЖДЕНІЯ (Бэнтамъ).

364. Этотъ знаменитый англійскій юристъ, глубокій и проницательный изслѣдователь, обязанъ другу своему Dumont тѣмъ, что ученый міръ ознакомился съ его сочиненіями. Послѣ изданія самыхъ важныхъ изъ этихъ сочиненій, сначала на французскомъ языкѣ, они возбудили живой интересъ. Dumont далъ болѣе доступную форму сочиненіямъ Бэнтама, который не отличается, ни слогомъ, ни ясностію. Основное сочиненіе Бэнтама, это: *Traité de législation civile et pénale* (Paris, 1802, 3 vol.), въ которомъ нашего предмета касаются: *Principes généraux de législation* и *Principes du code pénal*. Объ уголовномъ правѣ издана въ послѣдствіи: *Théorie des peines et des récompenses* (Paris, 1810). Сочиненія Бэнтама издалъ на англійскомъ языкѣ Bowring (*Works on the pinciples of moral and legislation, Penal law, Codification*, Edinb., 1843, 11 vol.). Воззрѣніе Бэнтама на уголовное право, представилъ въ систематическомъ очеркѣ Hepp (*J. Bentham's Grundsätze der Criminalpolitik*, Tübing. 1839).

365. Содержаніе ученія Бэнтама объ уголовномъ правѣ слѣдующее:

Задача законодательства состоитъ въ стремленіи къ общественному благу; оно не можетъ принимать иной исходной точки какъ *общеполезное* (*utilité générale*). Человѣкъ отъ природы подверженъ вліянію пріятныхъ и непріятныхъ впечатлѣ-

Digitized by Google

ній,—наслажденія и страданія. Законодатель,—котораго единственная цѣль—творить добро и устранять зло, и который только посредствомъ страданія и радости можетъ вліять на человѣческій духъ,—долженъ точно знать ихъ силу и значеніе. Законодательство есть задача ариѳметическая: зло, которое причиняемъ, есть расходъ; добро, которое оказываемъ, есть доходъ: результатъ состоитъ въ вычетѣ одного изъ другаго. Эта задача усложняется разнообразіемъ человѣческихъ впечатлѣній относительно добра и зла,—разнообразіемъ по роду и напряженію этихъ впечатлѣній. Это разнообразіе зависитъ отъ темперамента, отъ физическихъ и умственныхъ силъ, отъ страстей, состоянія здоровія, симпатическихъ и антипатическихъ стремленій, отъ религіозныхъ понятій, отъ представленія о чести и отъ имущественнаго состоянія. На эти обстоятельства долженъ обратить вниманіе законодатель при опредѣленіи величины преступленія и впечатлѣнія наказанія на преступника. Изъ этого слѣдуетъ, что начало возмездія „одинаковое наказаніе за одинаковое преступленіе"—несоотвѣтственно. Эти обстоятельства не могутъ быть точно опредѣлены законодателемъ, и отчасти должны быть предоставлены на усмотрѣніе судьи.

366. Посредствомъ нравственно-ариѳметическаго исчисленія добра и зла не трудно опредѣлить существенный характеръ преступнаго дѣянія. Но должно точно отдѣлить законъ нравственный отъ юридическаго, посредствомъ чего обозначится ближе *объемъ наказуемыхъ дѣяній*. Нравственный и юридическій законъ имѣютъ одну цѣль, именно: произвести возможно бо́льшую сумму блаженства посредствомъ правилъ для человѣческихъ дѣяній. Но законъ юридическій имѣетъ болѣе ограниченный объемъ нежели законъ нравственный. Законодатель можетъ вліять на поведеніе индивидовъ только

Digitized by Google

посредствомъ наказанія. Наказаніе есть зло; поэтому оно оправдывается только тогда, когда оно производитъ бо́льшую сумму добра чѣмъ зла. Еслибы сохраненіе правилъ нравственности было вынуждаемо посредствомъ наказанія, то во многихъ случаяхъ зло, вытекающее изъ наказанія, превышало бы зло, вытекающее изъ безнравственнаго дѣянія.

367. Наказаніе есть принудительная мѣра для предупрежденія преступленія со стороны виновника или другихъ лицъ. Въ этомъ понятіи наказанія заключаются два существенные момента: право государства наказывать и цѣль наказанія.

Право наказывать, предоставленное государству, основано на томъ же принципѣ, что и другія права, слагающія власть государства. Безъ права наказывать нельзя вообразить себѣ, ни общественной власти, ни правъ индивида: ибо они получаютъ санкцію отъ права наказывать. Наказаніе оправдывается значительною его пользою, или, иначе говоря, его необходимостью.

368. *Цѣль наказанія* состоитъ въ предупрежденіи повторенія преступленія и въ удовлетвореніи,—насколько это возможно,—того, кому учинено зло. Когда преступленіе совершено, то прежде всего угрожаетъ опасность со стороны виновника; но и другія лица могутъ имѣть тѣ же мотивы и возможность совершить подобныя преступленія. Поэтому предупрежденіе преступленій посредствомъ наказанія можетъ быть двоякое: *частное* и *общее*, по мѣрѣ того, относится ли оно къ одному преступнику или же къ другимъ членамъ общества. Частное предупрежденіе дѣйствуетъ троякимъ образомъ: оно отнимаетъ у преступника, или физическую возможность, или волю, или расположеніе къ новымъ правонаруше-

Digitized by Google

ніямъ. Первое достигается лишеніемъ возможности вредить, второе исправленіемъ, третье посредствомъ страха. Общее предупрежденіе обнаруживаетъ свою дѣятельность угрозою наказанія и исполненіемъ ея, служащимъ для другихъ примѣромъ. Это предупрежденіе есть главная цѣль наказанія, и вмѣстѣ съ тѣмъ оправдательное его основаніе (*raison justificative*). Если бы преступленіе было обособленнымъ дѣяніемъ, неспособнымъ повторяться, то наказаніе было бы простымъ убыткомъ, и государство прибавляло бы къ злу новое зло. Однако жъ безнаказанность одного преступленія открывала бы путь къ новымъ преступленіямъ, не только преступнику, но и другимъ лицамъ, имѣющимъ расположеніе и возможность совершить подобныя правонарушенія. Отсюда слѣдуетъ, что зло, причиненное посредствомъ наказанія одному, есть необходимая обезпечивающая общество мѣра. Наказаніе, которое само по себѣ, т. е. безъ обращенія вниманія на цѣль его, представляется какъ низкая, противная нравственному чувству, мѣра принужденія и истязанія, — восходитъ до значенія перваго и самаго высшаго благодѣтеля общества.

369. Какъ частныя преступленія распадаются на четыре главныя группы,—а именно на преступленія противъ личности, собственности, чести и состоянія, - точно такъ же дѣлятся и наказанія. Наказанія, касающіяся непосредственно личности, можно назвать тѣлесными. Сюда принадлежатъ: тѣлесныя наказанія въ тѣсномъ смыслѣ, лишеніе свободы (страдательное наказаніе), принудительныя работы (дѣйствительное наказаніе) и смертная казнь. Другія наказанія суть лишительныя (*peines privatives*); они касаются имущества, чести или правъ состоянія.

Digitized by Google

370. При выборѣ рода наказанія законодатель долженъ обратить вниманіе на требуемыя въ немъ качества (*qualités désirables*), каковы; 1) *дѣлимость*, 2) *равенство*, т. е. чтобъ всѣ равнымъ образомъ чувствовали его (чего не имѣетъ нпр. ссылка); 3) *соразмѣрность* съ другими наказаніями, чтобы преступникъ могъ сравнить величину наказанія, когда онъ имѣетъ возможность совершить болѣе, или менѣе важное преступленіе; 4) *аналогія* или нѣкоторое сходство наказанія съ преступленіемъ, нпр. наказаніе члена, бывшаго орудіемъ преступленія, лишеніе жизни средствомъ, служившимъ для совершенія убійства (сожженіе, утопленіе, отравленіе); 5) *примѣрность*, т. е. произведеніе постояннаго впечатлѣнія; 6) *экономія*, т. е. что наказаніе не должно быть строже противъ необходимаго; 7) *отпустимость*; 8) *отнятіе у преступника возможности вредить;* 9) *исправленіе преступника;* 10) *популярность*, т. е. что наказаніе не должно быть противно общественному убѣжденію, чтобъ оно не казалось дѣломъ насилія и угнетенія. Всѣхъ этихъ качествъ вмѣстѣ не имѣетъ ни одно наказаніе; но они имѣютъ бо́льшее или меньшее значеніе по мѣрѣ свойства преступленія. Вообще въ болѣе важныхъ преступленіяхъ законодатель долженъ обращать вниманіе на популярность и примѣрность; въ менѣе важныхъ—на экономію наказанія и исправленіе преступника. Изъ указанныхъ родовъ наказаній, принудительныя работы соединяютъ въ себѣ наиболѣе качествъ наказанія. Много такихъ качествъ имѣетъ тюремное заключеніе. Совершенно несоотвѣтственны: наказанія обезображивающія,—ибо они лишаютъ возможности исправиться,—и изувѣчивающія, которыя кромѣ того — недѣлимы и неотпустимы. Надъ качествами смертной казни (аналогія, примѣрность, отнятіе возможности вредить, и проч.) преобладаетъ сопряжен-

Digitized by Google

ное съ нею зло (неравенство, неотпустимость, непопулярность, лишеніе возможности быть полезнымъ).

371. Правила о *мѣрѣ наказанія* вытекаютъ изъ цѣли его т. е. изъ общаго и особеннаго предупрежденія:

1) Наказаніе должно быть опредѣляемо въ такой мѣрѣ, чтобъ сильно удержать стремленія къ правонарушеніямъ. Поэтому зло, причиняемое наказаніемъ, должно имѣть перевѣсъ надъ ожидаемою отъ преступленія пользою. Наказаніе недѣйствительное было бы двойнымъ зломъ: ибо, помимо наказанія, преступленія были бы все-таки совершаемы, между тѣмъ преступникъ страдалъ бы безполезно. Степень наказанія должна соразмѣряться съ родомъ и степенью чувственныхъ стремленій.

2) То, чего недостаетъ наказанію, должно быть пополняемо соотвѣтственнымъ увеличеніемъ его.

3) Чѣмъ вреднѣе преступленіе, тѣмъ строже должно быть наказаніе.

4) Не всѣ преступники должны подвергаться одинаковому наказанію за одно и тоже преступленіе. Надо принимать въ соображеніе впечатлительность преступника или обстоятельства, которыми она вызывается (темпераментъ, состояніе здоровія, представленіе о чести и проч.).

Мѣра наказанія имѣетъ двѣ крайности: *слишкомъ много* и *слишкомъ мало*. Послѣднее легче уловимо: ибо легче узнать то, что недостаточно, нежели то, что достаточно. Вообщее законодатель долженъ довольствоваться приблизительною мѣрою. *Слишкомъ мало* вреднѣе, нежели *слишкомъ много*, ибо первое дѣлаетъ наказаніе безполезнымъ.

372. Теорія Бентама есть отчасти соединеніе системъ Фейербаха и Грольмана въ томъ смыслѣ, что она требуетъ

Digitized by Google

и общаго и частнаго предупрежденія. Однако жъ теорія Бентама наиболѣе приближается къ фейербаховой, и подлежитъ такимъ же самымъ возраженіямъ относительно главныхъ своихъ основаній.

III. Теорія косвенной обороны (Романьози).

373. Самый знаменитый представитель этой теоріи, имѣющей своихъ приверженцевъ преимущественно въ Италіи, —Romagnosi (*Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791; послѣднее изд. въ Миланѣ 1852). Вотъ главныя основныя мысли этой теоріи:

Всѣ люди имѣютъ равнымъ образомъ право на существованіе и благосостояніе. Поэтому они въ правѣ отражать несправедливое нападеніе на ихъ жизнь и благосостояніе. Это есть право обороны, которое даетъ нападаемому законный перевѣсъ надъ нападающимъ, вслѣдствіе чего нападаемый можетъ причинить зло нападающему для избѣжанія зла, которымъ онъ угрожаетъ. Общество состоитъ изъ единицъ: поэтому каждое нападеніе на его члена есть вмѣстѣ съ тѣмъ нападеніе на общество. Но право обороны, предоставленное единицамъ и обществу, на столько основательно, на сколько продолжается нападеніе. Въ минуту окончанія нападенія исчезаетъ необходимость, на которой основывалось право обороны. Съ другой стороны, нападеніе представляетъ опасность не только въ настоящемъ, но и въ будущемъ. Если бы преступленія не были наказываемы, если бы не существовало опасеніе наказанія какъ противовѣсъ противозаконнымъ стремленіямъ, то преступленія совершались бы въ громадномъ количествѣ, и общество перестало бы существовать. Притомъ, еслибъ ограничиться только необходимой оборо-

Digitized by Google

ной, то преступникъ предвидѣлъ бы для себя опасность только въ минуту покушенія,—что побуждало бы его тотчасъ къ исполненію преступленія. Слѣдовательно каждое совершенное преступленіе служитъ поводомъ къ примѣненію карательной власти, хотя цѣль наказанія направлена преимущественно на будущее, т. е. на огражденіе общества отъ преступленій, которыя несомнѣнно происходили бы въ будущемъ, если бы наказаніе не обуздывало предрасположенныхъ къ преступленіямъ. *Преступленіе* есть несправедливое дѣяніе, завѣдомо и свободно совершенное, которое причиняетъ другимъ зло, т. е. производитъ уменьшеніе или потерю извѣстнаго блага. Дѣяніе, непричиняющее никому вреда, можетъ быть несправедливо и безнравственно, но не можетъ служить основаніемъ наказанію.

374. *Цѣль наказанія* состоитъ въ удержаніи отъ преступленій посредствомъ возбужденія опасенія онаго. Къ наказанію должно прибѣгать только послѣ исчерпанія другихъ менѣе чувствительныхъ мѣръ, указываемыхъ политикою, религіею и честью. Поэтому наказаніе на столько справедливо, на сколько оно необходимо для предупрежденія преступленій. Такимъ образомъ если бы самое легкое наказаніе могло предупредить самое тяжкое преступленіе, то это наказаніе было бы единственно справедливо. Наказаніе,—по величинѣ и роду своему бо́льшее противъ того, какое необходимо для противудѣйствія стремленіямъ къ преступленію,—было бы несправедливо. Наказаніе же недостаточное, слишкомъ слабое въ этомъ отношеніи, было бы безполезно. Таковы неизмѣнныя правила измѣренія наказанія, какъ непосредственные выводы естественнаго права.

Digitized by Google

375. Только двѣ вещи побуждаютъ человѣка къ дѣйствію: пріятность и боль. Поэтому и наказанія бываютъ двухъ родовъ: они состоятъ или въ лишеніи блага, или же въ причиненіи зла или вреда. *Наказаніе временное*, присужденные къ которому возвращаются въ нѣдро общества, должно по отношенію къ своей вѣскости быть не менѣе воображаемаго преступникомъ. Въ противномъ случаѣ оно не могло бы исправить, и потеряло бы свою вѣскость, вслѣдствіе даннаго объ немъ представленія отбывшимъ наказаніе. Напротивъ того *пожизненныя* наказанія должны казаться несравненно бóльше противъ дѣйствительности, ибо здѣсь дѣло идетъ не объ исправленіи виновнаго, а о томъ, чтобъ дать примѣръ; между тѣмъ какъ въ наказаніяхъ временныхъ,—хотя примѣръ и составляетъ главную цѣль,—дѣло идетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и объ исправленіи. Кратковременныя и чувственныя наказанія по нѣкоторымъ преступленіямъ имѣютъ исправительную силу, и предупреждаютъ нравственное извращеніе, происходящее отъ продолжительности наказанія.

376. Для того, чтобъ наказаніе дѣйствительно противудѣйствовало преступнымъ стремленіямъ, оно должно быть сходно и аналогично съ предполагаемою природою и степенью преступнаго стремленія. Природа этихъ стремленій двоякая: они происходятъ отъ жажды обладанія или отъ злобы. „*Per ea quae peccant, per ea et puniuntur.*“ Согласно съ такою природою дѣяній, наказаніе должно быть направлено на имущество или на лицо. Совершающій преступленіе изъ мести охотно бы понесъ денежное взысканіе, лишь бы только удовлетворить этой страсти.

Что касается соразмѣрности наказанія со степенью преступнаго стремленія, не надо принимать во вниманіе индивидуальной энергіи будущаго преступленія, а предполага-

Digitized by Google

емую приблизительно энергію въ данномъ народѣ. Посему законодатель долженъ опредѣлить каждому преступленію наказаніе, устепененное по мѣрѣ разныхъ отягчающихъ обстоятельствъ, преимущественно же по мѣрѣ степени нравственной силы преступленія т. е. вожделѣній и смѣлости.

377. Теорія Романьози сходна во многомъ съ теоріями Грольмана и Фейербаха: она стремится къ охраненію общественнаго порядка посредствомъ психологическаго принужденія. Ее можно бы признать пополненіемъ и улучшеніемъ теоріи Фейербаха. Различіе состоитъ въ томъ, что Романьози главнымъ образомъ обращаетъ вниманіе на оборону противъ данной опасности, Фейербахъ же на охраненіе законнаго порядка вообще. Отсюда у Романьози главный моментъ—оборона, у Фейербаха же—психологическое принужденіе. Еще бо́льшее сходство существуетъ между теоріею Романьози и теоріею аналогической обороны Мартина (*Lehrbuch des deutschen Cr. Rechts.*, Heidelb., 1829, стр. 23 и слѣд.).

Б) Теоріи полагающія главною цѣлію благо преступника.

(Теоріи исправленія Стельцера и Рёдера).

378. Теоріи исправленія обращаютъ преимущественно вниманіе, не на общество, а на единицу: уважая личность, онѣ не хотятъ употреблять ее орудіемъ для общественныхъ цѣлей. Онѣ желаютъ посредствомъ наказанія, не только предупредить совершеніе преступленій другими лицами, но вмѣстѣ съ тѣмъ обезпечить преступника противъ впаденія въ новыя преступленія. Криминалисты понимаютъ цѣль исправленія двоякимъ образомъ: одни требуютъ *нравственнаго исправленія* т. е. внутренняго перерожденія преступника; другіе довольствуются *юридическимъ* или общественнымъ т. е.

Digitized by Google

внѣшнимъ исправленіемъ, которое наступаетъ вслѣдствіе измѣненія внѣшняго человѣка, чему доказательствомъ должны служить его дѣйствія, а именно: перемѣна въ поведеніи, трудолюбіе, привычка къ порядку и проч. Теорія исправленія, хотя и основанная на возвышенной филантропической мысли, какъ теорія самостоятельная—лишена достаточнаго основанія. Она требуетъ наказанія для того, что нужно исправить преступника; но она не оправдываетъ почему исправленіе должно необходимо быть достигнуто посредствомъ наказанія. Она не въ состояніи дать вѣрное указаніе, по которому можно бы узнать, что цѣль наказанія—исправленіе достигнута. Если принять существенною задачею нравственное и юридическое исправленіе, то лицемѣріе будетъ торжествовать надъ добросовѣстностію. Развращенный и опасный злодѣй можетъ посредствомъ мнимаго обращенія на путь истины освободиться отъ наказанія вскорѣ послѣ его начатія; между тѣмъ какъ менѣе виновный преступникъ, не желая подчиниться принужденію, можетъ быть наказанъ очень строго въ сравненіи съ его виною, такъ какъ по этой теоріи преступникъ долженъ быть задержанъ, пока не исправится. Наказаніе, какъ имѣющее цѣлью исправленіе, не должно быть налагаемо на закоренѣлаго злодѣя, такъ какъ его должно считать неисправимимъ. Такимъ образомъ самые опасные преступники не должны бы подлежать наказанію. Исправленіе не можетъ быть дѣломъ принужденія: только въ состояніи свободнаго дѣйствованія человѣкъ можетъ истинно доказать обращеніе на путь обязанностей.

379. Теорія исправленія не разрѣшаетъ ни одной изъ задачъ, которыя должны быть разрѣшаемы каждою уголовною теоріею. Отличительною чертою наказуемыхъ дѣяній по этой теоріи должны быть обстоятельства, свидѣтельству-

Digitized by Google

ющія о томъ, что кому нибудь недостаетъ нравственнаго стремленія, или что дѣяніе его нарушаетъ общественный порядокъ. Въ первомъ случаѣ, т. е. когда дѣло идетъ объ исправленіи нравственномъ, каждое безнравственное дѣяніе должно бы быть наказываемо; во второмъ (когда дѣло идетъ объ юридическомъ исправленіи), всякое правонарушеніе (слѣдовательно даже и гражданская неправда) должно бы подлежать наказанію. Мѣра наказанія должна зависѣть отъ степени предрасположенія преступника къ исправленію, такъ какъ исправленіе составляетъ цѣль наказанія. Но какимъ образомъ, при безчисленномъ разнообразіи индивидуальностей, узнать, какой родъ и степень наказанія будетъ соотвѣтствовать осуществленію этой цѣли? на чемъ основать несомнѣнность наступившаго уже исправленія?

380. Самостоятельную теорію юридическаго исправленія изложилъ Штельцеръ (*Kritik des Eggers'schen Entwurf's eines Str. G. B. fur Schleswig*, Altona, 1811, стр. 4—24). Онъ усматриваетъ это исправленіе въ перемѣнѣ расположенія преступника посредствомъ впечатлѣнія, сильно противудѣйствующаго влеченію къ преступленію. Такая мѣра противудѣйствія не должна быть мгновенна, но постоянно возбуждать представленіе о томъ, что законныя послѣдствія преступленія перевѣшиваютъ выгоду, ожидаемую отъ исполненія его. Такою мѣрою можетъ быть только тюремное заключеніе. Мѣру наказанія Штельцеръ дѣлаетъ зависимою отъ стороны субъективной, т. е. отъ степени злаго расположенія преступника. Отсюда не слѣдуетъ причинять преступнику страданія строже, чѣмъ необходимое для возбужденія въ немъ такого расположенія, при которомъ государству нѣчего было бы опасаться отъ него. Если такое расположеніе уже воспослѣдовало, если преступникъ уже не пред-

Digitized by Google

ставляетъ опасности, никакое наказаніе не должно имѣть мѣста, нпр. если преступникъ доказалъ истинное раскаяніе извѣстными дѣйствіями, каковы: добровольное отступленіе отъ предпріятія до начала исполненія, или въ нѣкоторыхъ случаяхъ вознагражденіе вреда, и проч. Однако жъ тутъ преступникъ долженъ быть помѣщенъ и подверженъ дальнѣйшему испытанію въ соотвѣтственномъ заведеніи.

381. Самый усердный защитникъ теоріи *нравственнаго исправленія*—Рёдеръ (*Die herrschenden Grundlehren v. Verbrechen und Strafe*, Wiesbaden, 1867, стр. 97 и слѣд., 117 и слѣд.). Эта теорія, говоритъ Рёдеръ, вполнѣ согласна съ правилами религіи, нравственности и искусства управленія. Она считаетъ наказаніе разумно-необходимою мѣрою направленія совратившейся воли къ законному порядку. Поэтому должно отвергнуть всѣ наказанія, несоотвѣтствующія этой цѣли, и принять началомъ ограниченіе употребленной во зло свободы посредствомъ тюремнаго заключенія, пока виновный не переродится нравственно и не докажетъ исправленія своего дѣломъ. Исправляющее наказаніе не имѣетъ дѣла съ человѣкомъ вообще, какъ въ другихъ теоріяхъ, но съ живымъ даннымъ человѣкомъ и съ его индивидуальностію. Отсюда наказаніе не можетъ быть неизмѣнно опредѣлено напередъ; но соотвѣтственно своей цѣли оно можетъ быть продолжаемо или сокращаемо. Такая внутренняя справедливость наказанія возбудитъ уваженіе къ нему и въ преступникѣ и въ другихъ членахъ общества. Злой примѣръ дѣянія преступника изгладится добрымъ примѣромъ его обращенія. Ничто не съумѣетъ сильнѣе возстановить уваженіе къ закону и укрѣпить поколебленное спокойствіе гражданъ, какъ направленіе угрожающей опасностью воли на путь законности посредствомъ разумно устроеннаго заключенія (въ особен-

Digitized by Google

ности же при подверженіи преступника вліянію опытныхъ, призванныхъ для этой цѣли, людей), и послѣ того—условнаго увольненія и соотвѣтственнаго попечительства.

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Теоріи смѣшанныя.

А) Теоріи образовавшіяся изъ соединенія нѣсколькихъ относительныхъ теорій (Фихте).

382. Соединеніе нѣсколькихъ относительныхъ теорій имѣетъ или нѣсколько равносильныхъ цѣлей, или же одну главную и другія второстепенныя. Только въ первомъ случаѣ образуется истинная смѣшанная теорія; принятіе же, рядомъ съ главною цѣлью, второстепенныхъ цѣлей, зависящихъ отъ свойства наказанія или образа его исполненія, не можетъ вліять на существо данной теоріи и ея верховное начало. Сопоставленіе нѣсколькихъ равносильныхъ цѣлей можетъ, или быть современное, или же произойти такимъ образомъ, что по мѣрѣ обстоятельствъ будемъ обращать вниманіе разъ на ту, другой разъ на другую цѣль. Представитель теоріи послѣдняго рода—Фихте, который относительно разныхъ родовъ преступленій указываетъ разныя цѣли наказанія. Мы разсмотримъ систему этого мыслителя, какъ самую замѣчательную изъ всѣхъ системъ,—состоящихъ въ соединеніи нѣсколькихъ относительныхъ теорій,—и вмѣстѣ съ тѣмъ изъ тѣхъ, которыя выводятъ право наказывать изъ общественнаго договора. Но прежде мы должны предпослать нѣсколько словъ о теоріяхъ послѣдняго рода.

Digitized by Google

383. Основаніе государственной власти на общественномъ, или на общемъ государственномъ договорѣ, связано съ мыслію основать карательную власть на такъ называемомъ *общемъ уголовномъ договорѣ*. Хотя такой отдѣльный договоръ можетъ казаться излишнимъ, такъ какъ право наказывать составляетъ существенное достояніе государственной власти; однако жъ полагали, что такое право не вытекаетъ изъ этой власти, ибо государство какъ обязанное охранять жизнь, свободу, честь и имущество индивидовъ, не можетъ лишать ихъ этихъ благъ безъ особеннаго о томъ договора. Вмѣстѣ съ тѣмъ возбуждено было сомнѣніе: отчуждаемы ли всѣ эти блага? можетъ ли человѣкъ лишиться посредствомъ договора права на свою жизнь или свободу? Разнообразныя теоріи въ этомъ направленіи были основаны на фиктивномъ предположеніи состоянія природы и общественнаго договора,— будьто общество и государство—дѣло человѣческаго произвола, а не физіологическое состояніе человѣчества.

384. Теорія Фихте (*Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschafftslehre*, Jena und Leipzig, 1797, часть II, стр. 95 и слѣд.; часть I, стр. 109) состоитъ въ слѣдующемъ:

Цѣль государства состоитъ во взаимной безопасности гражданъ. Права каждаго основаны на общественномъ договорѣ. Нарушающій этотъ договоръ въ чемъ нибудь теряетъ всѣ права гражданина и человѣка, становится изъятымъ изъ подъ охраны закона (*exlex*, *vogelfrei*) и долженъ быть исключенъ, изгнанъ изъ общества. Однако жъ, если цѣль государства можетъ быть достигнута другимъ образомъ; то соотвѣтственнѣе опредѣлить другое наказаніе вмѣсто изгнанія, которое въ собственномъ смыслѣ должно поразить каждое преступленіе. Для этого нуженъ договоръ слѣдующаго содержанія: всѣ обѣщаютъ всѣмъ, что они, на сколько это будетъ согласно съ общею

Digitized by Google

безопасностію, не будутъ исключены изъ общества за свои преступленія, но перенесутъ это наказаніе, т. е. искупятъ его, другимъ образомъ (*Abbüssungsvertrag*, договоръ о покаяніи). Это было бы полезно и для общества и для индивидовъ, и отсюда произошло бы весьма важное право гражданъ — право нести наказаніе (сравн. *н.* 346).

385. Наказаніе не есть абсолютная цѣль, но только средство для достиженія окончательной цѣли государства, — охраненія общественной безопасности. Задача наказанія состоитъ въ предупрежденіи преступленій посредствомъ устрашенія имъ, такъ, чтобы самое примѣненіе его было излишне. Для осуществленія этой задачи, нужно, чтобы каждый былъ убѣжденъ, что въ случаѣ нарушенія закона наказаніе неминуемо воспослѣдуетъ. Если наказаніе, основанное на понесеніи ущерба, подобнаго причиненному (напр., кромѣ возвращенія украденной вещи, заплатить ея цѣну), недостаточно, — преимущественно въ случаяхъ, когда воля зла не матеріяльно (дѣйствуетъ не для овладѣнія чужою вещью), но формально (дѣйствуетъ для того, чтобы причинить вредъ); — то преступникъ долженъ быть помѣщенъ въ исправительномъ заведеніи для юридическаго исправленія обычаевъ и внѣшнихъ дѣйствій. Для этой цѣли наиболѣе соотвѣтственны незаселенные острова или отдаленныя окрестности. Преступнику долженъ быть точно обозначенъ срокъ исправленія, по безполезномъ истеченіи котораго онъ будетъ совершенно исключенъ изъ общества и признанъ изъятымъ изъ подъ охраны закона. Чтобъ обеспечить себя противъ преступника, государство можетъ лишить его жизни или изгнать.

386. Фихте не обратилъ особеннаго вниманія на важный вопросъ объ объемѣ уголовнаго закона. Онъ отличаетъ

Digitized by Google

только мимоходомъ неумышленную вину (*culpa*) отъ умышленной; и вознагражденіе вреда считаетъ достаточнымъ противудѣйствіемъ первой. Но иногда она причиняетъ важныя правонарушенія (напр. отравленіе, изувѣченіе, или же примыкаетъ къ умышленной винѣ, сравн. *п.* 167). По вопросу о мѣрѣ наказаній онъ главнымъ образомъ разсматриваетъ различные роды его, а именно: наказанія устрашающія, исправляющія и обезпечивающія. Устрашающее наказаніе, по мнѣнію Фихте, должно въ существѣ своемъ соотвѣтствовать существу преступленія. Эта мысль уже высказана Аристотелемъ, Цицерономъ, Монтескье и другими. Это повело бы къ слишкомъ большому произволу судовъ, и притомъ слѣдовало бы, напр., за убійство, совершенное для извлеченія выгоды, подвергать денежному взысканію. Кромѣ того, Фихте ошибается, полагая, что желаніе обогатиться или причинить вредъ составляетъ единственные мотивы преступленій: существуетъ еще много другихъ, напр. сладострастіе, прислужничество, страхъ и проч.

Б. Теоріи образовавшіяся изъ соединенія теоріи абсолютной съ одной или болѣе относительными (Росси).

387. Самый знаменитый представитель этой теоріи—Росси (*Traité du droit pénal*, Bruxelles, 1829). Она до сихъ поръ имѣетъ многихъ послѣдователей во Франціи, какъ теорія Романьози въ Италіи. Система Росси есть счастливая комбинація началъ справедливости и полезнаго (сравн. *п.* 41).

Совѣсть и разумъ указываютъ непреложно, что воздаяніе зломъ за зло въ извѣстномъ объемѣ и съ нравственною

Digitized by Google

цѣлью,—согласно съ безусловною справедливостью. Наказаніе есть причиненіе зла по отношенію къ совершенному преступленію, но не относительно къ будущей выгодѣ преступника. Правосудіе не могло бы существовать, еслибъ его исполнялъ низшій въ отношеніи къ высшему или равный въ отношеніи къ равному. Общественное правосудіе невозможно безъ правовой власти, признанной разумомъ. Наказаніе, наложенное не такою властію, было бы фактомъ, лишеннымъ характера справедливаго и нравственнаго наказанія (кн. I, гл. 2).

388. Общественное правосудіе, находясь въ рукахъ несовершенныхъ существъ, должно отличаться отъ правосудія божія. Отсюда предѣлы общественнаго правосудія состоятъ не только въ несовершенствѣ его средствъ познанія и дѣйствія, но и въ его цѣли. Эта цѣль достигается посредствомъ удовлетворяющихъ и предупреждающихъ послѣдствій, истекающихъ изъ непосредственнаго примѣненія закона. Къ этимъ послѣдствіямъ принадлежатъ: *наставленіе*, *устрашеніе* и *исправленіе*. Общественное правосудіе должно дѣйствовать на столько, на сколько такая цѣль можетъ быть достигнута, т. е. на сколько эти послѣдствія могутъ вытекать изъ наказанія. Такъ наказаніе должно быть не только справедливо во внутреннемъ отношеніи, но и полезно для охраненія общественнаго порядка. Говоря другими словами, карательная власть, основанная на нравственномъ законѣ, не можетъ не только превышать его предѣловъ, но даже не должна достигать ихъ. Она должна остановиться тамъ, гдѣ исчезаетъ общественный интересъ (I, 13).

389. Общественный порядокъ можетъ быть потрясенъ вслѣдствіе нарушенія нашихъ обязанностей въ отношеніи

Digitized by Google

общества или единицъ, а именно обязанностей, могущихъ быть вынужденными и соотвѣтственные правамъ, для обеспеченія которыхъ принужденіе необходимо. Слѣдовательно преступленіе, предъ лицомъ положительнаго закона, есть нарушеніе вынуждаемой обязанности во вредъ обществу или его члену. Но уголовная санкція должна имѣть мѣсто только тогда, когда другія мѣры (образованіе, полиція, поощренія, награды и проч.) не представляютъ достаточнаго ручательства, что эта обязанность будетъ исполнена. Такимъ образомъ троякаго рода злыя дѣянія находятся внѣ предѣловъ уголовнаго закона, а именно: тѣ, которымъ достаточно противудѣйствуетъ нравственная и религіозная санкція; дѣянія, которыя могутъ быть предупреждаемы государствомъ, посредствомъ менѣе строгихъ и менѣе опасныхъ мѣръ чѣмъ уголовная санкція; наконецъ дѣянія, въ отношеніи которыхъ гражданское правосудіе представляется достаточнымъ удовлетвореніемъ (II, 1). Законъ, наказывая лихву, поединокъ и дѣянія, нарушающія цѣломудріе женщины, превысилъ бы свои предѣлы. Лихва по существу своему не есть безнравственное дѣяніе. Наказываніе поединка, въ извѣстныхъ эпохахъ цивилизаціи, безполезно для охраненія общественнаго порядка. Что же касается нарушенія цѣломудрія женщины, преслѣдованіе причинило бы столько зла соблазномъ, что польза, ожидаемая отъ угрозы наказаніемъ, не вознаградила бы его (I, 13).

390. Общественное правосудіе, чтобы быть правовымъ, должно удовлетворять тремъ условіямъ: 1) уважать правила нравственной справедливости; 2) не упускать изъ виду несовершенства нашихъ средствъ познанія и дѣйствія; 3) исполнить требованія матеріальнаго порядка въ обществѣ. Эти условія должны сопутствовать всякой дѣятельности

Digitized by Google

правосудія, преимущественно же при выборѣ наказаній. Чтобъ удовлетворить первому условію, законодатель долженъ выбирать наказанія личныя, нравственныя (не причиняющія соблазна) и дѣлимыя. Въ отношеніи втораго условія, т. е. принятія въ уваженіе несовершенства нашихъ средствъ познанія и дѣйствованія, нака анія должны быть удобооцѣнимы (чего нельзя сказать о наказаніяхъ, лишающихъ блага, которое не для каждаго имѣетъ значеніе, напр. лишеніе гражданской правоспособности), вознаградимы (въ случаѣ ошибки) и отпустимы (т. е. чтобъ осужденный, могъ быть освобожденъ отъ понесеннаго уже отчасти наказанія, безъ оставленія онымъ неизгладимыхъ слѣдовъ). Наконецъ въ отношеніи къ требованіямъ общественнаго порядка, наказаніе должно имѣть послѣдствія, ожидаемыя законодателемъ. Для этой цѣли оно должно быть назидательно и удовлетворительно (посредствомъ соотвѣтствія и нравственной аналогіи съ преступленіемъ), примѣрно, исправительно, и успокоительно для общества своею соизмѣримостью съ виною и точнымъ исполненіемъ (III, 5).

391. Опредѣленіе соотношенія между наказаніемъ и преступленіемъ есть истина интуитивная и необсудимая. Мы чувствуемъ это соотношеніе въ нашей совѣсти, которая всегда указываетъ, когда наказаніе превышаетъ вину, и когда оно выходитъ изъ предѣловъ нравственнаго наказанія. Вдумываясь въ эти явленія совѣсти съ цѣлью обозначить такіе предѣлы каждому преступленію, мы должны придерживаться слѣдующаго метода: изучать человѣческую совѣсть, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи каждаго рода преступленій, если уже не каждаго преступленія въ особенности. Мы найдемъ отвѣтъ на это въ обычаяхъ, въ религіи, во всей жизни общества; мы услышимъ его изъ устъ

Digitized by Google

дѣтей и даже преступниковъ. Такимъ образомъ мы узнаемъ *maximum* страданія, которымъ общество можетъ поразить виновнаго, безъ совершенія дѣянія, несправедливаго въ его существѣ. Такое дѣяніе можетъ быть несправедливо и въ отношеніи къ обществу, если оно не приноситъ преднамѣренной пользы. Слѣдовательно, при измѣреніи наказанія должно принимать въ уваженіе и другое начало — общественную пользу. Если цѣль человѣческаго правосудія состоитъ въ охраненіи общественнаго порядка; то оно должно направиться на противудѣйствіе объективному или матеріяльному злу, вытекающему изъ преступленія, и соразмѣрять наказаніе съ величиною этого зла. Такимъ образомъ правосудіе даетъ гарантію будущему, устраняетъ опасеніе. Эта гарантія требуетъ, чтобъ обращать вниманіе на правдоподобность совершенія преступленія: ибо одни преступленія совершаются чаще другихъ, напр. обманъ, въ отношеніи къ убійству. Но мѣра нарушенія, вызваннаго преступленіемъ, покоится не только во вредномъ послѣдствіи: нужно также принимать въ уваженіе правдоподобность нарушенія общественнаго порядка, происходящую отъ нравственнаго расположенія преступника, и обращать вниманіе на обдуманность, повтореніе преступленія, и проч. (III, 4).

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google